

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto processuale civile

Ciclo XX

Settore scientifico disciplinare di afferenza: Jus/15

TITOLO TESI

Aspetti processuali del Regolamento n. 1/2003/Ce

Presentata da: Barbara Buttazzi

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Paolo Biavati

Prof. Paolo Biavati

Esame finale anno 2008

I PROFILI NORMATIVI E SISTEMATICI

1.1 Scopo dell'analisi.

Questa ricerca si occupa in particolar modo del Regolamento n. 1/2003/Ce e delle sue applicazioni per esaminare il livello di efficienza raggiunto dal sistema di vigilanza *antitrust* comunitario. La tutela della concorrenza verrà analizzata soprattutto in riferimento ai meccanismi applicativi dei divieti di intese e abusi di posizione dominante disciplinati agli articoli 81 e 82 del Trattato Ce¹. L'indagine avrà quindi ad oggetto il procedimento amministrativo comunitario e nazionale, in stretto rapporto con la tutela giurisdizionale. Con le norme di c.d. modernizzazione *antitrust*, il legislatore comunitario si è occupato di alcuni aspetti procedurali, ma molto è ancora rimesso all'autonomia degli stati, con possibili rischi di inefficienza o disuguaglianza nella prassi applicativa se mancasse un adeguato controllo sulla funzionalità del sistema nel suo insieme. Il delicato profilo della cooperazione tra gli organi *antitrust* rappresenta una soluzione solo parziale alle possibili carenze di efficacia, mentre suscita non poche perplessità dal punto di vista della tutela ai diritti degli interessati. Infatti, il sistema dell'*enforcement antitrust* sul doppio binario pubblico e privato soprattutto dopo il Regolamento n. 1/2003/Ce pone all'interprete importanti questioni in ordine al ruolo della Commissione nel procedimento rispetto ai diritti degli interessati, che si collegano alla natura fortemente contenziosa del procedimento amministrativo, con caratteri inquisitori inseriti in una dialettica dove il contraddittorio non è pieno ma il contenzioso è evidente. Al successivo livello di impugnazione si riflette la stessa anomalia: il sistema prevede un controllo limitato del giudice sul procedimento, portandosi dietro le incognite della sua atipicità.

Nel primo capitolo il Regolamento n. 1/2003/Ce e le innovazioni con esso introdotte saranno sottoposti ad una sintetica valutazione normativa, con particolare riferimento alla ricaduta procedimentale e processuale di quanto previsto e con qualche accenno anche alla disciplina nazionale italiana. Nel secondo capitolo ci si soffermerà invece sull'esame delle interpretazioni

¹ Regolamento n. 1/2003/Ce, del 16 dicembre 2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *Gazz.uff.Un.eur.* L 1, del 4 gennaio 2003, p. 1 ss, nel testo consolidato. La giurisprudenza e la legislazione comunitaria citate sono pubblicate sui siti istituzionali <http://europa.curia.eu> e <http://eur-lex.europa.eu>.

giurisprudenziali comunitarie e nazionali relative agli istituti principali del sistema di *public enforcement*. Sia le particolarità delle fattispecie, che il funzionamento dei vari strumenti di controllo possono fornire utili riscontri alla riuscita o al fallimento di quanto auspicato dal legislatore comunitario. Attraverso la giurisprudenza formatasi sull'impugnazione delle decisioni della Commissione e dell'autorità garante della concorrenza italiana saranno evidenziate alcune delle linee interpretative prevalenti. Dalla duplice analisi tecnica, normativa e giurisprudenziale, si potranno trarre alcune prime considerazioni in merito al rispetto dei diritti fondamentali di difesa ed al grado di efficienza del sistema applicativo comunitario. La terza parte dello studio si rivolgerà soprattutto all'applicazione delle norme *antitrust* nei contenziosi privatistici, ossia nei processi civili davanti al giudice nazionale, in cui l'azione si fonda sugli articoli 81 e 82 del Trattato².

Mentre la giurisprudenza di impugnazione delle decisioni amministrative fornisce una serie di indizi interpretativi diretti su alcuni degli elementi previsti dal Regolamento n. 1/2003/Ce, quella di merito interessa sotto un duplice profilo: 1) l'applicazione diretta del diritto comunitario *antitrust*, come interpretato dai giudici nazionali 2) i rapporti tra le giurisdizioni e con le autorità amministrative. In entrambi i casi il giudice, adito in primo grado nel merito, o in sede di impugnazione della decisione amministrativa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale da cui si possono ulteriormente trarre spunti sugli orientamenti interpretativi comunitari. Anche riguardo alla giurisprudenza italiana è possibile delineare i meccanismi di operatività della norma comunitaria in relazione alle specificità di quella nazionale. L'analisi del *private enforcement* si completerà con una riflessione sulle particolarità di applicazione dei principi processuali, al contesto specializzato e non armonizzato come quello *antitrust*.

Nella parte conclusiva, senza pretesa di dare un giudizio di valore alle norme esaminate, sarà comunque possibile evidenziare alcuni aspetti di

² GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Ed. scientifiche it., 2005, p. 86 ss. sugli elementi del danno e della responsabilità risarcibile; HOLMES, *Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 26 ss., conclude per prevalenza del controllo pubblico nella prassi comunitaria *antitrust*, *public enforcement* cui i processi civili possono fare seguito, piuttosto che sostituirlo; NIHOUL, *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, [in part. SHURMANS, *Le rôle du juge dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence*], Bruxelles, 2004, p. 89 ss.

particolare interesse o fragilità nel funzionamento dell'ambizioso sistema, formulando alcune ipotesi in merito all'evoluzione delle procedure che potrebbe assicurare una tutela più completa al mercato.

1.2 Applicazione decentrata delle norme *antitrust* comunitarie.

I divieti.

Il Regolamento n. 1/2003/Ce si occupa dei meccanismi applicativi degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce (le norme *antitrust*) esistenti a livello comunitario. Sono quindi esclusi, anche da questa analisi, ambiti normativi contigui e talvolta strettamente connessi come la concorrenza sleale³, l'applicazione delle norme sugli aiuti di stato, l'*antidumping*, il diritto industriale, quello dei consumatori, la liberalizzazione dei settori regolamentati, ecc. Circoscrivendo ulteriormente il campo, verranno approfonditi alcuni aspetti del solo meccanismo processuale e procedimentale su cui si basa l'applicazione delle norme comunitarie, senza soffermarsi sull'interpretazione sostanziale delle stesse, talvolta molto complessa.

Il decentramento.

Pacificamente, la principale innovazione del Regolamento n. 1/2003/Ce consiste nell'aver sostituito al precedente sistema di controllo basato sulla notificazione-autorizzazione, un meccanismo c.d. di eccezione legale, funzionale alla nuova visione decentrata del controllo⁴. Questa medesima visione si fonda su un elemento presente finora solo in modo implicito⁵. Si tratta del concetto di rete o sistema, dal quale ha avuto origine l'*European*

³ Codice civile, artt. 2595 ss.; Dir. 2005/29/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, dell'11 maggio 2005, in *Gazz.uff.Un.eur.* L 149, dell'11 giugno 2005, p. 22 ss. che in vigore in Italia dal 21 settembre 2007 come previsto dal d.lgs. n. 146, del 2 agosto 2007, in *Gazz. uff.* n. 207, del 6 settembre 2007; HENNING-BODEWIG, *Unfair competition law*, The Hague, 2006, p. 7 s.; v. anche, tra gli altri, KERSE, KHAN, *EC antitrust procedure*, Londra, 2005, p. 11 ss.

⁴ Regolamento n. 1/2003/Ce, considerando nn. 3 e 9; PACE, *European antitrust law*, Cheltenham, 2007, p. 222 ss.; WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, Brussels, 2005, p. 3 ss.; AMATO, EHLERMANN, *EC Competition law, a critical assessment*, [in part. KOMNINOS, *Modernisation and decentralisation: retrospective and prospective*], Oxford, 2007, p. 638 s. distingue il sistema di autorizzazione amministrativa che, sola, consente di annullare il divieto di cui all'art. 81 da quello di eccezione legale in cui il divieto si applica per legge alle fattispecie, senza bisogno della decisione amministrativa. L'a. aderisce all'orientamento prevalente che sostiene la compatibilità del nuovo sistema con il Trattato Ce.

⁵ FAULL, NIKPAY, *The EC law of competition*, New York, 2007, [in part. DE SMIJTER, KJOLBYE, *The enforcement system under Regulation 1/2003*], p. 88 ss.

competition network (E.C.N.)⁶. All'interno della rete l'applicazione delle norme *antitrust* è ripartita tra tutti i suoi componenti: le autorità nazionali, la Commissione europea ed i giudici nazionali⁷. Il controllo localizzato si accompagna, tuttavia, ad un parallelo rafforzamento del ruolo centrale della Commissione⁸.

L'opzione per una maggiore articolazione territoriale della vigilanza, implica quella a vantaggio dell'efficacia, piuttosto che dell'uniformità applicativa⁹. Il precedente Regolamento n. 17/62/Cee, ora abrogato, proponeva l'opposto modello centralizzato, con meccanismi che attribuivano alla Commissione europea un peso determinante nella vigilanza sulla corretta applicazione delle norme comunitarie *antitrust*. Allora, l'esigenza prioritaria era infatti quella di garantire l'uniforme applicazione delle norme a discapito delle ragioni dell'efficienza, ora prevalenti¹⁰. Quella scelta era dovuta a ragioni storiche ben precise, che giustificavano una deroga alla generale tendenza all'applicazione diretta del diritto comunitario da parte degli organi nazionali, largamente affermata in altri settori¹¹. L'opportunità storica di tale disarmonia stava nella forza innovatrice dell'art. 81 del Trattato all'epoca della sua introduzione. In un contesto europeo fortemente abituato alle intese ed ai cartelli, solo la Commissione poteva garantire che gli stati applicassero correttamente il nuovo divieto. Oggi quella motivazione storica è caduta e gli stati condividono la sanzione dell'illiceità per gli accordi con precise caratteristiche di irragionevolezza ed illegittimità. Nel nuovo contesto, non si

⁶ L'E.C.N. è coinvolto direttamente nelle questioni di allocazione dei casi di cui si parlerà in seguito.

⁷ Regolamento n. 1/2003/Ce considerando nn. 6 – 8 e 15; GRAY, LESTER-DARBON-FACENNA-BROWN-HOLMES, *EU competition law: procedures and remedies*, Oxford, 2006, p. 3 ss.; TAVASSI, *Il Regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2004, p. 350 ss. per una prima analisi dei rapporti tra gli organi nazionali e comunitari coinvolti dal Regolamento n. 1/2003/Ce.

⁸ Regolamento n. 1/2003/Ce, considerando n. 34; AMATO, EHLERMANN, *op.cit.*, [KOMNINOS], p. 662 ss.

⁹ FRIGNANI, PARDOLESI, *La concorrenza*, [in part. ROMANO, *La messa in opera delle norme antitrust*], Torino, 2006, p. 307 ss.; VENIT, *Brave new world the modernisation and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2003, p. 553 ss.; RILEY, *EC antitrust modernisation: the Commission does very nicely- than you! Part one*, in *Eur. Comp. Law Rev.* 2003, p. 604 ss. sostiene che il reale scopo e risultato della modernizzazione sia stato il rafforzamento della centralizzazione sulla Commissione.

¹⁰ AMATO, EHLERMANN, *op.cit.*, [KOMNINOS], p. 644 s., l'a. evidenzia la portata creativa delle interpretazioni non uniformi, aderendo all'orientamento americano che interpreta in chiave positiva le diversità applicative e l'incertezza inevitabile.

¹¹ AMATO, EHLERMANN, *op.cit.*, [KOMNINOS], p. 629 ss., anche per una panoramica sugli atti precedenti il Regolamento n. 1/2003/Ce (il Libro Bianco del 1999 e la Proposta di Regolamento del 2000, *citt.*).

tratta più soltanto di esercitare scelte politiche discrezionali (che richiederebbero un sistema centralizzato), ma esistono margini di applicazione tecnica che possono essere delegati alla periferia¹².

Dal punto di vista pratico, alcuni dei timori che hanno accompagnato il cambiamento riguardavano la perdita di un canale di accesso alle informazioni sulle imprese da indagare. In precedenza, tale canale era costituito dalla notificazione delle operazioni alla Commissione. Un altro elemento di perplessità è stato il venir meno della possibilità di autorizzare gli accordi imponendo ad essi delle condizioni. Per quanto riguarda il primo problema, va tenuto presente che gli strumenti di indagine della Commissione tendono proprio a consentirle di reperire informazioni anche procedendo d'ufficio o su denuncia, rispetto al secondo, va invece considerato che è ancora possibile la chiusura informale del procedimento, eventualmente con la previsione di impegni per l'impresa.

Per quanto riguarda il ruolo politico della Commissione, negli ultimi anni si sono registrate significative evoluzioni anche su questo fronte. Ad esempio, sempre maggiore spazio è stato concesso alle difese delle imprese che invocavano il rispetto dei diritti fondamentali nei procedimenti *antitrust*. In parallelo però, si sono ridotti i margini dell'elemento psicologico dell'illecito, perchè le imprese sono ormai considerate soggetti maturi, pienamente responsabili e razionali nelle loro scelte di mercato. Anche la convergenza di obiettivi con le imprese stesse è stata utilizzata dalla Commissione per incrementare il livello del controllo, in particolare, tramite le recenti politiche sulle sanzioni, la clemenza e l'accettazione degli impegni.

Fatte queste premesse, va concluso che il Regolamento n. 1/2003/Ce, pur senza comportare grandi rivoluzioni procedimentali, ha completato un percorso di razionalizzazione della strategia di controllo già avviato da molti anni ed in costante evoluzione. Questo percorso prevede lo sviluppo in parallelo della deterrenza e degli incentivi alla cooperazione. Attualmente, residuano non pochi elementi che la giurisprudenza è chiamata a chiarire ulteriormente, ad esempio, sui limiti del segreto professionale e sulla legittimità delle sanzioni strutturali.

¹² WILS, *Principles*, cit., p. 5 ss.

Il network.

Dal compiuto decentramento dell'applicazione delle norme *antitrust* discendono direttamente una serie di conseguenze. Sul fronte amministrativo e organizzativo la prima conseguenza è che la Commissione potrà orientare in modo nuovo le proprie priorità, concentrandosi sulle politiche e le indagini più rilevanti a livello comunitario. Pur mantenendo le autorità nazionali entro una implicita gerarchia, a differenza del Regolamento n. 17/62/Ceee, il Regolamento n.1/2003/Ce ne incoraggia l'applicazione autonoma dei divieti comunitari. Le autorità hanno poteri propri soprattutto regolati dal diritto nazionale, che si orientano in parallelo a quelli del vertice comunitario, cui è rimesso un controllo della coerenza del loro operato (salvo, ad esempio l'adozione di decisioni di inapplicabilità, riservata alla Commissione)¹³. Si è così realizzato l'European Competition Network. Con l'evoluzione della disciplina sono aumentate le risorse messe in campo per garantire l'applicazione dei divieti comunitari. L'auspicio è quello di garantire maggiore efficienza nelle indagini e nelle sanzioni, soprattutto sui mercati locali, con la certezza di una accresciuta creatività interpretativa, risvolto positivo dell'intervento di tanti soggetti diversi nell'applicazione delle medesime norme.

Intendendo il sistema nella sua accezione più estesa si segnala un'altra conseguenza: le giurisdizioni sono messe in condizione di applicare direttamente il meccanismo di esenzione ex art. 81, n. 3 del Trattato Ce e avranno certamente impulso quelle cause civili in cui il rispetto delle norme *antitrust* è usato come eccezione per non adempiere le obbligazioni derivanti da un contratto illegittimo. Infatti, la richiesta di esenzione alla Commissione aveva spesso un effetto negativo, perché dilatorio, sul processo civile.

Molti dei costi amministrativi del sistema precedente sono stati eliminati e tra gli obiettivi della nuova disciplina ci sarebbe anche l'ulteriore sviluppo dell'applicazione diretta dei divieti comunitari nelle cause civili. Alcuni interpreti hanno efficacemente distinto il tipo di azione civile in cui il diritto *antitrust* serve al ricorrente come una "spada", ad esempio per chiedere un risarcimento, dal diverso caso, già accennato, in cui lo si usa come uno "scudo", tipicamente per

¹³ Regolamento n. 1/2003/Ce artt. 10, 11, comma 6° e 16, comma 2°.

difendersi dalla richiesta di esecuzione di un contratto¹⁴. L'incremento della c.d. *private litigation* è da anni una declamata priorità della Commissione, che però se ne è occupata espressamente solo nel recente e consultivo Libro Verde sul risarcimento dei danni¹⁵. Peraltro, si tratta di una materia quasi interamente rimessa al diritto nazionale. Attualmente, lo scarso ricorso alle azioni risarcitorie per attuare la tutela *antitrust* è ancora un dato reale, come si avrà modo di analizzare più approfonditamente nel terzo capitolo¹⁶.

Tornando al sistema di *public enforcement*, il problema dei rapporti tra i vari organi è molto ricco di spunti per l'analisi teorica, oltre che di grande importanza pratica. Il procedimento amministrativo della Commissione è disciplinato nel Regolamento n.1/2003/Ce e nel c.d. pacchetto modernizzazione, pubblicato a ridosso della sua entrata in vigore. Come si è detto, per quanto riguarda le autorità e le giurisdizioni decentrate si applicano soprattutto le norme nazionali¹⁷.

Il primo aspetto che complica il quadro è quello, già accennato, della salvaguardia all'uniforme applicazione delle norme *antitrust* da parte dei soggetti in rete¹⁸. Tecnicamente esso si specifica in varie questioni, tra cui l'allocatione dei casi e la legge applicabile, sia sostanziale che procedurale, potendosi dare il caso di conflitti tra il livello nazionale e quello comunitario¹⁹. Per mantenere una sufficiente coerenza interpretativa, il sistema è dotato di controlli e contrappesi interni che di fatto contrastano l'idea di decentramento compensandola, invece, con quelle di armonizzazione e comunitarizzazione²⁰. La situazione è ulteriormente indebolita dal punto di vista delle risorse

¹⁴ WILS, *Principles*, cit., p. 19 ss.

¹⁵ WILS, *Principles*, cit., p. 8 ss.; Libro Verde sulle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole *antitrust* dell'Ue, del 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 def. e allegato documento di lavoro della Commissione SEC(2005) n. 1732, su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

¹⁶ KORAH, *Cases and materials on EC Competition law*, Oxford, 2006, p. 314 s., rileva tra gli ostacoli, oltre alle differenze processuali tra gli stati, anche la scarsa applicabilità del Regolamento n. 44/01/Ue, in mancanza di identità di parti e oggetto. Tra le questioni interpretative ancora insolute, la necessità di provare una colpa, la risarcibilità del mancato guadagno "passato" dall'impresa ai consumatori, i rapporti tra controllante e controllata in termini di responsabilità. Anche questa A. ammette la maggior rilevanza quantitativa dei casi in cui la violazione *antitrust* è invocata per annullare in tutto o in parte un contratto, piuttosto che per chiedere il risarcimento del danno.

¹⁷ KORAH, *op. cit.*, p.253 ss.

¹⁸ GILLIAMS, *Modernisation: from policy to practice*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 465 ss.

¹⁹ WILLIS, WESSING, *Introduction to EU competition law*, Londra, 2005, p. 222 s.; WILS, *Principles*, cit., p. 44 e ss. per cui anche il Regolamento n. 17/62/Cee non era una garanzia assoluta di uniformità, anche nel contesto comunitario in cui l'applicazione è generalmente rimessa ai giudici nazionali sotto il solo controllo della Corte di giustizia.

²⁰ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [KOMNINOS], p. 652 s.

economiche, del mantenimento della certezza del diritto, dei rapporti tra gli organi del controllo (anche internamente agli stati) e della vasta circolazione delle informazioni. A queste sfide si è cercato di rispondere con meccanismi di cooperazione sempre più puntuale, sui quali ci si soffermerà a breve. A questo proposito, alcuni interpreti suggeriscono il concetto di pluralismo, piuttosto che di cooperazione, per evidenziare la diversità di funzioni tra i vari soggetti demandati al controllo *antitrust* in Europa²¹.

La cooperazione internazionale.

Le conseguenze problematiche del decentramento non sono nuove al diritto americano, che da tempo si interroga sulla via della convergenza, dal 2001 oggetto anche delle riflessioni dell'*International Competition Network* (I.C.N.), preposto alla cooperazione multilaterale *antitrust*, tra organismi estranei all'E.C.N. europeo e alla geografia comunitaria²². Tra i referenti esterni all'Unione gli U.S.A. si collocano senz'altro in posizione di particolare importanza riguardo al tema della vigilanza sulla concorrenza. Oltreoceano è infatti consolidato il principio dell'applicazione del diritto *antitrust* americano anche alle imprese straniere che agiscano con effetti sul mercato statunitense²³. In questo contesto, anche gli artt. 81 e 82 del Trattato si possono applicare alle pratiche che abbiano effetti sul mercato europeo, seppure le imprese coinvolte non appartengano all'Unione, in virtù dell'effetto extraterritoriale di tali norme. Da molti anni, infatti, la possibilità di sanzionare le pratiche internazionali

²¹ NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 117 ss.; RITTER, BRAUN, *European competition law: a practitioner's guide*, The Hague, 2005, p. 1035 ss.; FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 136 ss., attenti alla pratica, segnalano il limitato numero di casi in cui i procedimenti sono stati trasferiti (riallocati) da un'autorità all'altra del *network*, fatte salve le esigenze di garanzia all'efficace applicazione delle norme.

²² DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari*, Napoli, 2005, p. 139 ss. sulla natura di rete virtuale dell'ICN, basata sull'adesione volontaria delle autorità della concorrenza internazionali, con l'obiettivo di promuovere la convergenza (*soft*) procedurale e sostanziale nell'applicazione della normativa *antitrust*, con la definizione di principi guida e raccomandazioni non vincolanti. Settori di futuro intervento prioritario sono quelli regolamentati e le intese *hard-core*. Tra i membri, l'Italia, l'Unione europea, gli U.S.A.; BURNSIDE, CROSSLEY, *Co-operation in competition: a new era?*, in *Eur.law rev.*, 2005, p. 248 ss.; CALVANI, *Devolution and convergence in competition enforcement*, in *Eur. Comp.Law Rev.*, 2003, p. 420 ss.; RILEY, *op.cit.*, Part Two, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2003, p. 671 ss. mette in dubbio l'utilità di spingere sul decentramento, che già è messo in discussione in materia di concentrazioni, e propone invece un'agenzia della concorrenza centrale per tutta l'Unione e il rafforzamento del ruolo delle autorità nazionali anche in vista delle istanze penalistiche che si stanno affermando in alcuni stati membri in materia di concorrenza; sugli elementi essenziali del decentramento *antitrust* europeo v. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Roma, 2005, p. 286.

²³ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [in part. ZANETTIN, *The evolution of the EC International competition policy*], p. 759 ss. cita il precedente *Alcoa: United states v. Alluminium Co of America* 148 F 2d 416 (2d Cir 1945).

illegittime è stata introdotta anche in Europa, dapprima per via giurisprudenziale, poi anche con accordi bilaterali sulla cooperazione in materia *antitrust*. Quello con gli U.S.A. risale al 1991²⁴ e prevede l'identificazione degli effetti anticompetitivi sul mercato, seguita da una azione coordinata di indagine ed applicazione delle regole, anche con riferimento alla tempistica e all'armonizzazione dei rispettivi interventi²⁵.

Gli accordi bilaterali menzionano sempre il limite del segreto commerciale e professionale, oltre che istruttorio. Infatti, nella circolazione di informazioni è prioritaria la garanzia della riservatezza, tenendo conto delle protezioni offerte dalle reciproche legislazioni nazionali. In questa prospettiva si pone anche il problema di rendere compatibile il diritto di difesa-accesso al fascicolo con la protezione dei documenti confidenziali. In particolare, negli U.S.A. esistono molti limiti all'uso di documenti riservati, tuttavia, la decisione di concedere l'accesso non viene rimessa allo stesso organo che ha svolto le indagini, diversamente da quanto accade con la Commissione europea. Le inevitabili difficoltà ad ottenere documenti che si trovano all'estero pongono gravi ostacoli alle indagini internazionali. Di conseguenza, sono state incentivate le relazioni bilaterali e multilaterali, ma sarebbero necessarie ulteriori integrazioni della disciplina della riservatezza per incrementare l'efficacia reale del sistema.

Oltre che sugli accordi bilaterali, la cooperazione internazionale si basa largamente sulle attività di cooperazione multilaterale, che producono documenti di varia forza, incontri periodici ed uno scambio di informazioni più o meno spontaneo²⁶. In attesa che i tempi maturino per ipotizzare un coordinamento mondiale del controllo *antitrust*, lo schema di cooperazione

²⁴ Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, firmato nel 1991, pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.* L 95, del 27 aprile 1995, p. 47 ss. seguito dall'Accordo del 1998 sul *Positive comity*, Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comites gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *Gazz.uff. Un. eur.*, L 173, dell'8 giugno 1998, p. 28 ss.

²⁵ L'esempio più noto è il caso *Microsoft*, sottoposta ad indagini sia europee che statunitensi negli anni 90.

²⁶ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [ZANETTIN], p. 767 ss.: lo schema di accordi bilaterali può essere riassunto nei seguenti elementi: regole sulla notificazione di operazioni che possono interessare l'altra parte; regole di cooperazione e coordinamento delle indagini; regole di *negative comity* o su come evitare i conflitti, regole di *positive comity* delle autorità della controparte; regole di scambio di informazioni; sul punto, in relazione alla giurisprudenza Hoffmann La Roche statunitense, v. CHIMENTI, *Sull'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza: il caso Hoffmann-La Roche dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Dir.com.sc.internaz.*, 2005, p. 504 ss.

multilaterale si riconduce a due principali opzioni. 1) Una convergenza forte, con l'adozione di un accordo internazionale cui gli stati aderirebbero sotto il controllo di una commissione nell'ambito del W.T.O., opzione di scarso successo ma fortemente sostenuta dall'Unione europea. 2) Una convergenza *soft*, affidata a strumenti come l'I.C.N. più flessibili e geograficamente estesi, ma con limitazioni negli ambiti di intervento e nei poteri (l'I.C.N. si è tradizionalmente interessato alle concentrazioni e solo recentemente si è rivolto anche alle intese)²⁷.

Purtroppo, sia la cooperazione bilaterale che quella multilaterale hanno ad oggi sortito risultati deludenti. La cooperazione bilaterale extraeuropea è bloccata da ostacoli quali: 1) i citati vincoli di riservatezza ancora opponibili alle autorità straniere in assenza di interventi normativi modificativi; 2) la diffidenza per il sistema delle azioni civili ad es. americane, in cui operano meccanismi di risarcimento e sanzione molto onerosi non estensibili all'Unione; 3) inoltre, il rischio concreto che la circolazione di informazioni renda note ai concorrenti quelle protette.

La cooperazione multilaterale tramite accordo del W.T.O. è per ora fallita, anche per le obiezioni degli U.S.A. e della comunità imprenditoriale. L'unica possibilità di sviluppo per questo tipo di relazioni resta dunque, al momento, legata all'I.C.N., nato come alternativa americana all'accordo del W.T.O., ma ben presto sostenuto anch'esso dall'Unione europea. Il *network* è virtuale e non ha una sede fisica pur contando oltre 90 membri tra le autorità della concorrenza di numerosi paesi²⁸. Scegliendo di concentrarsi inizialmente sulle concentrazioni come si è detto, l'I.C.N. ha tradito il primo dei suoi obiettivi, ossia il supporto ai paesi in via di sviluppo alle prese con la materia *antitrust*, le concentrazioni sono infatti una realtà praticamente assente in quelle realtà economiche. Anche l'assistenza tecnica che il gruppo può fornire a chi ne richieda il supporto è scarsa, in assenza di una vera struttura operativa. Infine, il livello di applicazione delle risoluzioni I.C.N. è aumentato solo di recente, ma

²⁷ TOSATO, BELLODI, [in part. CANINO, *International cooperation*], *EU competition law*, vol. I, *Procedure*, Leuven, 2006, p. 275 ss.; International Competition Network cartels working group – subgroup 1 “Cooperation between competition agencies in cartel investigations” – Report to the I.C.N. annual conference Moscow, May 2007, su www.internationalcompetitionnetwork.org. La prossima conferenza annuale è prevista a Kyoto dal 14 al 16 aprile 2008.

²⁸ Relazione annuale sull'attività svolta dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, del 30 aprile 2007, p. 171, fa riferimento all'adesione di 97 autorità nel 2006.

non comprende ancora neppure la totalità degli aderenti stessi. Secondo alcuni interpreti è l'obiettivo della convergenza a non apparire risolutivo dei conflitti che la differenza tra i sistemi sempre comporta, essendo tutt'al più idoneo a ridurli. Anche se molti paesi non sono ancora pronti, si ipotizza quindi di riprendere proposte più coraggiose dell'I.C.N., se e quando la società sentirà davvero l'esigenza di dare impulso ad una politica applicativa coerente a livello internazionale²⁹.

La cooperazione europea.

La cooperazione è un principio codificato nell'art. 10 del Trattato Ce, secondo il quale:

Gli stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato, ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. (*omissis*)

A questo concetto, essenziale per l'intero sistema comunitario, si richiama anche la recente disciplina *antitrust*, che lo utilizza, come pure la nuova politica di clemenza, per reprimere prioritariamente le intese segrete (*hard-core cartels*), le più pericolose per il consumatore e le più difficili da provare (la prova è tendenzialmente fornita solo dalla *smoking gun* o dal *whistle-blower*)³⁰. La cooperazione verticale o orizzontale³¹ affronta senza dubbio molte delle incognite del decentramento, ma porta con sé le complessità relative al coordinamento tra i vari organi. Infatti, una volta individuata la competenza di uno di essi, questa può concorrere in vario modo con quella di altri soggetti del sistema fino a vere ipotesi di conflitto. Possono allora verificarsi l'avocazione, l'intervento, la sospensione, il procedimento parallelo, la difformità o il conflitto tra le decisioni, con la necessità di affermare la prevalenza dell'una sull'altra. Se invece i vari organi di controllo interagiscono cronologicamente,

²⁹ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [ZANETTIN], p. 780 ss.

³⁰ Combinando i due elementi, si ottiene un sistema di controllo in cui le imprese interessate alla clemenza si dovranno porre la questione di una possibile riallocazione della loro richiesta, nel caso in cui la Commissione rispetti le priorità annunciate, concentrandosi sulle indagini e la repressione dei casi più gravi. In tali ipotesi è probabile che siano gli altri soggetti del *network* a decidere sulla clemenza degli altri accordi.

³¹ PACE, *The antitrust enforcement*, cit., p. 274 ss., la stessa distinzione vale per le forme di controllo.

ossia uno dopo l'altro, successivamente, si pone il problema della trasferibilità nel secondo procedimento di atti, effetti, o attività del primo e del valore che questi elementi formati davanti ad un organo diverso, magari di natura non omogenea, possano assumere. Il Regolamento n.1/2003/Ce ha cercato di disciplinare i rapporti tra gli elementi da coordinare per renderli funzionali. Poiché il sistema è multilivello e piuttosto complesso, anche la tecnica di redazione ed interpretazione delle regole richiede particolare attenzione.

Una questione analoga, ma meno complessa, si era posta in Italia a livello nazionale per stabilire in modo certo se gli accertamenti svolti in sede amministrativa potessero avere ingresso nel processo giurisdizionale sulla stessa violazione, agevolando in maniera spesso fondamentale l'onere della prova incombente sulla parte³². La necessità di coordinare il piano amministrativo e quello giurisdizionale si è però amplificata nel sistema *antitrust* decentrato, in cui livello comunitario, nazionale e internazionale sono tutti chiamati ad interagire. Oltre al Regolamento n. 1/2003/Ce sono intervenute specificamente su questi importantissimi aspetti ben due Comunicazioni della Commissione, una relativa alla cooperazione tra le autorità amministrative in rete e l'altra alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, entrambe sono inserite nel c.d. pacchetto modernizzazione del 2004³³.

Senza garantire un efficace coordinamento tra le varie parti del sistema non potrebbe esistere il controllo *antitrust* immaginato nel Regolamento n. 1/2003/Ce, il cui art. 3 è dedicato ai rapporti tra i vari ordinamenti³⁴. Il corretto funzionamento delle relazioni interorganiche è supportato da norme specifiche che regolano i meccanismi di vigilanza reciproca. Ad esempio, l'art. 11, comma 3° esprime un controllo verticale discendente della Commissione sulle autorità nazionali, mentre l'art. 14, comma 7° ha ad oggetto un controllo collegiale delle autorità nazionali rispetto ai partecipanti al *network* e l'art. 14, comma 1°

³² TAVASSI, SCUFFI, [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 172 ss.

³³ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 43 ss; Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'Ue ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, in *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 54 ss.

³⁴ TOSATO, BELLODI, [in part. PACE, *Decentralised application*], *op. cit.*, p. 220 ss.

prevede il controllo verticale ascendente del Comitato consultivo (organo che rappresenta gli stati membri) sulla Commissione³⁵.

In particolare, la cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali.

Per mantenere l'uniformità applicativa delle norme *antitrust* oltre a potenziarne l'efficacia, come già accennato il legislatore comunitario ha scelto di ampliare i poteri della Commissione europea, ma soprattutto di sottolinearne il ruolo di coordinamento ed interpretazione, pur sottraendole ogni residua esclusiva nell'applicazione diretta degli articoli 81 e 82³⁶. La Commissione rimane dunque il fulcro del sistema, cui spettano il potere propositivo legislativo e la gestione delle politiche comunitarie in materia di concorrenza nel quadro più generale di garanzia della corretta applicazione dei divieti comunitari (art. 211 del Trattato). Il Regolamento n.1/2003/Ce ha modificato il carattere del sistema comunitario *antitrust* e la Commissione è passata da un ruolo reattivo ad uno più propriamente attivo nella gestione della vigilanza. Infatti, col venir meno delle notificazioni degli accordi da parte delle imprese, la Commissione ora procede esclusivamente sulla base di denunce e di indagini disposte d'ufficio³⁷.

La circostanza che lo stesso organo di vertice del sistema *antitrust* comunitario assommi in sé, come anche alcune autorità nazionali, forme di potestà normativa, inquirente e giudicante, è sempre più oggetto di attenta analisi da parte della dottrina, soprattutto in relazione ai diritti delle parti e al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, su cui si tornerà in seguito³⁸. Si anticipa, comunque, che non risultano ancora evidenze statistiche tali da dimostrare scientificamente un effettiva parzialità inquisitoria da parte della Commissione, anche se quasi sempre le sue decisioni *antitrust* vengono impugnate e molto spesso il Tribunale le modifica, quantomeno riducendo le

³⁵ PACE, *I fondamenti*, cit., p. 359 e *European antitrust*, cit., p. 272 ss.

³⁶ RILEY, *op. cit.*, Part One, p. 607 ss.; JONES, SUFRIN, *EC competition law*, Oxford, 2005, p.1059 ss.

³⁷ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [in part. GERMONT, ANDRESEN, *Public enforcement*], p. 680. Se la Commissione resta inattiva per oltre due mesi o rigetta la denuncia in modo formale, il denunciante può agire in sede giurisdizionale come si vedrà in seguito.

³⁸ WILS, *The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Comp.*, 2004, p. 207 ss.

ammende. La Commissione rende trasparente il proprio operato anche grazie alla pubblicazione del Rapporto annuale sulla politica della Concorrenza nel quale da atto dei principali indirizzi sviluppati nel settore. Il documento pubblicato nel 2007 si riferisce all'anno 2006 e segnala principalmente tre novità normative: il Libro Verde sul risarcimento danni e le due Linee guida, sul calcolo delle ammende e sulla politica di clemenza³⁹.

All'altro estremo della relazione coordinata che qui ci occupa si trovano le autorità nazionali, individuate dagli stati secondo l'art. 35 del Regolamento n. 1. E' noto che esse possono essere sia organi amministrativi che giurisdizionali. Per quanto riguarda le relazioni all'interno della rete, il Regolamento n. 1/2003/Ce ha imposto che le autorità nazionali (come pure i giudici) operino in stretta cooperazione con la Commissione, informandosi reciprocamente delle attività svolte⁴⁰. In particolare, le autorità amministrative operano in una rete di cui fa parte anche la Commissione, il già citato European Competition Network.

I conflitti di competenza ed i procedimenti paralleli sono affrontati dalle norme prevedendo possibilità di sospensione, avocazione e interruzione della prescrizione nei casi di allocazione multipla. Va premesso, tuttavia, che oltre alla carenza di armonizzazione procedurale, nell'attività decentrata anche il livello ed i tipi di sanzioni, le loro modalità ed efficacia esecutive possono risultare molto difformi nei vari paesi⁴¹. Di conseguenza, non solo l'*iter* attraverso il quale le infrazioni vengono indagate e accertate, ma anche l'effetto (deterrente, punitivo, sociale) dei diversi procedimenti ha un notevole margine di variabilità, anche all'interno della rete stessa. A livello sovranazionale, quindi, salvo qualche linea orientativa della Commissione o del legislatore, l'eguaglianza di trattamento per le parti sottoposte a procedimenti diversi si può basare solo sui principi comuni dell'Unione europea. In particolare, si segnalano quelli di effettività ed equivalenza, oltre al rispetto dei diritti fondamentali. Riguardo a questi ultimi, va precisato sin d'ora che l'esplicito rinvio ad essi operato dal considerando 37° e dall'art. 27 del Regolamento n. 1/2003/Ce

³⁹ Rapporto annuale sulla politica della concorrenza 2006, del 25 giugno 2007, COM(2007) 358 def., su http://ec.europa.eu/comm/competition/index_it.html; http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_it.htm; <http://ec.europa.eu/comm/competition/annualreports>.

⁴⁰ MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Napoli, 2004, p. 108 ss.

⁴¹ WILS, *Principles*, cit., p. 50 s. solo una corretta e prevedibile allocazione può fare da argine ad un contesto così differenziato, anche grazie al meccanismo previsto all'art. 11 comma 6° del Regolamento n. 1/2003/Ce.

assume l'importanza di un riconoscimento, nel dibattito che da tempo impegna gli interpreti sull'applicabilità di tali diritti alla materia *antitrust*⁴².

Come già anticipato, la cooperazione tra Commissione e autorità nazionali è disciplinata sia dal Regolamento n.1/2003/Ce (artt. 11, 12, 13, 20, 21 e 23), che dall'apposita Comunicazione sulla cooperazione nella rete delle autorità garanti della concorrenza⁴³. Queste norme recepiscono o superano le precedenti e, in particolare, quegli orientamenti giurisprudenziali relativi al Regolamento n. 17/62/Cee in materia di uso delle informazioni emerse in un procedimento per avviarne un secondo, o per un fine diverso da quello per cui erano state raccolte. L'art. 3 del Regolamento n.1 prevede che tutte le autorità della rete applichino le stesse norme comunitarie, anche procedurali ove possibile, nella loro attività di controllo *antitrust*. Si prefigura così un'interoperabilità orizzontale teorica nella rete, che si scontra però con i già veduti limiti di disomogeneità nazionali. Gli elementi essenziali del meccanismo della cooperazione amministrativa nel sistema comunitario *antitrust* sono tre: l'allocazione dei casi all'autorità meglio posizionata, la circolazione delle informazioni ed il coordinamento delle decisioni (affinché il diritto comunitario sia uniformemente applicato). Da ultimo, giova ricordare che anche il ruolo del Comitato consultivo mira a rafforzare la cooperazione tra la periferia ed il centro del sistema.

1) Allocazione.

Riguardo all'allocazione dei casi presso le varie autorità di controllo, il Regolamento n. 1/2003/Ce non contiene norme puntuali, ma si limita ad individuare una serie di strumenti flessibili. L'unica regola che riguarda direttamente le competenze reciproche nella rete è l'art. 11, comma 6° che prevede l'avocazione eventuale della Commissione di un procedimento pendente presso un'autorità nazionale. Il 18° considerando però, formula l'intento generale che per ogni caso venga designata alla decisione una sola

⁴² Regolamento n. 1/2003/Ce, considerando 37°: "Questo Regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Di conseguenza, questo Regolamento deve essere interpretato e applicato nel rispetto di quei diritti e principi."

⁴³ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 43 ss.; WALBROEK, *Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le Règlement (Ce) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du Traité CE*, in (a cura di) PUTTEMANS, *Aspects Récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, 2005, p. 15 ss.; IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 Ce*, Bruxelles, 2004, p. 68 ss.

autorità. La Comunicazione sulla rete precisa il concetto, individuando la competenza dell'autorità *in posizione idonea*, con ciò implicando un *legame sostanziale tra l'infrazione e il territorio dello stato membro*⁴⁴. I principi cui si ispira la Comunicazione sono quindi essenzialmente due: 1) che una sola autorità sia designata competente e che, 2) ove possibile, il procedimento prosegua davanti all'autorità adita per prima. In realtà, secondo alcuni autori, la Comunicazione si preoccupa più della riallocazione che della originaria allocazione dei casi⁴⁵. L'autorità è ben posizionata per decidere sulla violazione se sono soddisfatte tre condizioni cumulative: 1) l'accordo o la pratica produce effetti diretti e sensibili nell'ambito del suo territorio e 2) quell'autorità è in grado di far cessare o di sanzionare efficacemente l'infrazione, 3) dopo aver potuto raccogliere le prove necessarie ad accertarla. Ne consegue che le informazioni sono rese disponibili a tutta la rete sia ai fini della corretta attribuzione del caso, sia per rendere possibile la collaborazione alle indagini⁴⁶.

Il sistema ha comunque alcune lacune, ad esempio, laddove si debba procedere su casi connessi a più di uno stato (fino a tre)⁴⁷. Non è infatti previsto un meccanismo o un organo sovraordinato con potere di dirimere i conflitti negativi e positivi di giurisdizione. In particolare i richiedenti clemenza ed in generale le imprese non sempre sono tutelati da questa incertezza, dato il rischio che le sanzioni siano disomogenee ed imprevedibili. In sintesi, il contesto non è abbastanza armonizzato e la procedura di allocazione non garantisce sufficienti certezza, trasparenza, prevedibilità e controllo giurisdizionale per proteggere correttamente i diritti di difesa. In particolare, le decisioni di riallocazione o di avocazione ex art. 11, comma 6° non sono impugnabili, in quanto atti preparatori e non decisori. Di conseguenza, le imprese ed i denunciati hanno pochissimi strumenti di verifica sul criterio di

⁴⁴ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., §§ 8 e 9; ROMANO, *op. cit.*, p. 326 ss. distingue tra onere di *early information* dell'autorità nazionale alla Commissione, onere di informativa in prossimità della chiusura del procedimento e ulteriore onere di informazione verso la rete; v. anche BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, in *Comm. Mark. Law rev.*, 2005, p. 1388 sulla maggior flessibilità del concetto di autorità in "posizione idonea", rispetto a quello, più univoco, di "autorità meglio posizionata" previsto dalla Dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione del 10 dicembre 2003, n. 15435/02.

⁴⁵ BRAMMER, *op. cit.*, p. 1387 ss.

⁴⁶ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., §§ 17 e 26.

⁴⁷ BRAMMER, *op. cit.*, p. 1404 ss. da atto dell'infrequenza di casi in cui il diritto comunitario si applica a pratiche con effetti solo su uno stato membro, anche perché alcuni accordi possono nascere in uno stato ed avere effetti in un altro.

allocazione che può invece avere effetti molto importanti sui loro diritti⁴⁸. Inoltre, sempre riguardo all'art. 11, comma 6° va tenuto presente che come autorità nazionali possono essere designate anche organi giurisdizionali (art. 35) nel qual caso, il funzionamento dell'avocazione da parte di un organo amministrativo quale è la Commissione, pone delicati problemi di autonomia dei poteri.

Nella Comunicazione sulla rete, la Commissione ha fissato dei criteri anche per poter allocare i casi su di sé sin dall'inizio. Tali criteri sono essenzialmente relativi alla dimensione della pratica, con effetti su più di tre stati membri, o all'interesse comunitario per l'interpretazione o l'evoluzione delle politiche in materia⁴⁹. Come già anticipato, la riallocazione è eccezionale e tendenzialmente, l'autorità adita per prima prosegue il procedimento fino alla fine⁵⁰, anche in parallelo con quelle adite successivamente. Queste ultime possono però sospendere le indagini o rifiutare di dar corso alla denuncia, anche invocando la propria normativa nazionale⁵¹.

Le imprese non hanno un diritto a veder radicato il procedimento davanti ad una determinata autorità, ma devono essere informate dell'allocazione definitiva appena possibile⁵². Come già anticipato, la contestazione impugnatoria del provvedimento di riallocazione non appare sostenibile alla luce di solide interpretazioni giurisprudenziali che ne individuano la natura di atto preparatorio⁵³. In un contesto di teorica equiparazione dell'applicazione decentrata delle regole *antitrust*, è possibile che il procedimento sia avviato e proseguito in sedi parallele. Il Regolamento n. 1/2003/Ce fissa perciò direttamente alcuni criteri per evitare sovrapposizioni e diseconomie. In particolare, l'art. 11, comma 3° prevede che sia comunicato alla Commissione l'avvio del procedimento ogni volta che le autorità nazionali si attivano. L'individuazione del momento in cui scatta l'obbligo di informazione, connesso anche all'allocazione e quindi anticipato al primo atto formale di indagine, non è detto che venga effettuata uniformemente dalle varie autorità coinvolte. Da tale

⁴⁸ BRAMMER, *op. cit.*, p. 1422 ss.

⁴⁹ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., § 14; in alcuni casi l'indagine può riguardare anche pratiche già cessate.

⁵⁰ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., § 6.

⁵¹ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., §§ 20 ss.

⁵² Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., § 31 e 34.

⁵³ WILS, *Principles*, cit., p. 28 ss., l'a. dubita soltanto della possibilità di un'impugnazione degli stati.

comunicazione decorre un breve periodo di riattribuzione, durante il quale sono possibili trasferimenti del procedimento in una sede meglio posizionata. E' previsto che la notizia dell'avvio del procedimento possa essere trasmessa anche alle altre autorità nazionali, ma senza che le norme ne chiariscano le modalità, rimettendo forse alla Commissione la pubblicazione di un elenco o degli estremi dei procedimenti, a beneficio di tutta la rete.

2) Scambio di informazioni.

Insieme alla notizia di avvio del procedimento nazionale vengono trasmessi alla rete anche i relativi documenti, il che genera un'ulteriore circolazione delle informazioni⁵⁴. Essa è rimessa sia ai sistemi nazionali, che alla Commissione, cui spetta di trasmettere alla rete anche i passaggi procedurali importanti⁵⁵. In pratica, la soluzione adottata è quella di un accesso comune ad un canale *intranet*, dove vengono inseriti i dati dei procedimenti in cui si applicano le norme comunitarie *antitrust*, salve le informazioni confidenziali⁵⁶.

Tuttavia, il Regolamento prevede ulteriori forme di cooperazione orizzontale tra le autorità, precisate dalla Comunicazione sulla rete e relative all'attività di indagine⁵⁷. In particolare, l'art. 12 del Regolamento n.1 disciplina espressamente l'uso e lo scambio delle informazioni (anche confidenziali) tra le autorità, salve le limitazioni dovute al segreto, alla riservatezza⁵⁸ e alle sanzioni a persone fisiche⁵⁹. Questa previsione supera in parte gli orientamenti giurisprudenziali precedenti, come si vedrà nel prossimo capitolo. Ancora, il coordinamento dell'attività di indagine delineato dal Regolamento n. 1/2003/Ce prevede che l'autorità nazionale possa anche essere delegata dalla

⁵⁴ Comunicazione sulla cooperazione nella rete § 23 che prevede la circolazione anche nel caso di chiusura del procedimento nazionale, con invio delle informazioni all'autorità procedente perchè meglio posizionata.

⁵⁵ Atti di indagine, fissazione di audizioni, avvio del procedimento...

⁵⁶ BRAMMER, *op. cit.*, p. 1393 ss., ricorda la prassi diffusa tra le autorità di utilizzare l'inglese come lingua comune di lavoro.

⁵⁷ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., §§ 27 ss.

⁵⁸ GOLDMAN-KWINTER-WITTERICK, *Toward recommended practices for the exchange of information in international hardcore cartel investigations*, in *On the merits, current issues in competition law and policy*, Oxford, 2005, p. 179 ss. riassumono gli elementi essenziali proposti a garanzia della riservatezza nell'I.C.N. *Policy Statement on International cooperation between antitrust authorities*, n. 225/450, del 28 marzo 2006, elementi in parte recepiti dalle norme comunitarie in commento.

⁵⁹ Artt. 12 comma 3°, considerando n. 16 del Regolamento n. 1 e § 27 Comunicazione sulla cooperazione nella rete. Il diritto dell'autorità trasmittente deve prevedere anch'esso sanzioni restrittive della libertà personale, ovvero le informazioni devono essere state raccolte con lo stesso livello di garanzia ai diritti delle persone fisiche che esse otterrebbero nell'ordinamento che, ricevendole, le utilizzerà per la sanzione. Diversamente, non possono essere utilizzate dall'autorità ricevente per una sanzione alla persona fisica.

Commissione o da un'altra autorità straniera a compiere atti di istruzione sul proprio territorio (art. 22)⁶⁰. A proposito di queste forme di coordinamento assumono rilievo le garanzie dei diritti di difesa e la protezione della riservatezza nello scambio di informazioni. Tutti questi aspetti sono affrontati dalle norme che riguardano la circolazione (art. 12), l'uso e il segreto (artt. 27 e 28 del Regolamento n.1). Su queste complesse relazioni reciproche pesano anche i problemi strutturali delle varie autorità nazionali: gli elementi del *network* scontano da tempo limiti di risorse (sottofinanziamento) e competenze (esperienza e indipendenza, adeguamento dei paesi di recente ingresso nell'Unione), che finiscono con l'amplificarsi nel nuovo quadro normativo⁶¹.

L'autorità che sia in grado di fermare la violazione può, dunque, contestarla alle imprese sulla base anche di prove ottenute tramite altre autorità. Ciò è vero persino se i suoi poteri, regolati dal diritto nazionale, le avrebbero impedito di ottenerle direttamente. Lo scambio è possibile, ma non obbligatorio, salvo i casi in cui un limitato obbligo risulti dalla lettura combinata degli artt. 10 del Trattato e 12 del Regolamento n.1⁶². Le informazioni raccolte nella rete possono essere utilizzate nei procedimenti nazionali solo: 1) per l'applicazione delle norme *antitrust* europee (o di quelle nazionali applicate in parallelo, allo stesso caso, con il medesimo risultato) e 2) in relazione *all'oggetto di indagine* per cui sono state raccolte dall'autorità che le trasmette⁶³. Resta salvo 3) il divieto di sanzionare le persone fisiche sulla base di tali informazioni, ove non ricorrano particolari condizioni. Queste ultime sono alternative tra loro: 1) che il diritto dell'autorità trasmittente preveda sanzioni di tipo analogo, o in mancanza, 2) che la raccolta delle informazioni abbia rispettato il livello di tutela ai diritti di difesa richiesto nell'ordinamento dell'autorità ricevente. In questo secondo caso però, le informazioni non

⁶⁰ WILS, *EU antitrust*, cit., p.14 sostiene che anche la Commissione possa essere delegata dall'autorità, anche se il Regolamento nulla dice in proposito.

⁶¹ RILEY, *op.cit.*, Part Two, p. 657 ss.; PACE, *I fondamenti*, cit., p. 437.; GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kuhne & Heitz*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2004, p. 493 ss., l'A. sottolinea il ruolo delle autorità amministrative nazionali nel sistema comunitario, tra autonomia procedurale e leale cooperazione.

⁶² FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 142: il limite potrebbe derivarsi per analogia dal caso delle giurisdizioni, in cui la Commissione può non trasmettere le prove o le informazioni per un interesse superiore della comunità o per evitare interferenze con la propria indipendenza.

⁶³ Mentre l'art. 28 prevede che le informazioni raccolte possano essere usate "solo per lo scopo per cui sono state assunte", l'art. 12 - come l'art. 15 - deroga a tale previsione in modo estensivo, consentendone l'utilizzo "riguardo all'oggetto dell'indagine".

possono comunque fondare una condanna a pena detentiva. Se una sanzione analoga non è prevista nell'ordinamento dell'autorità trasmittente, è comunque possibile una valutazione caso per caso. Lo *standard* è quello della tutela minima offerta all'impresa, magari da un ordinamento che è molto meno garantista di quello di appartenenza⁶⁴. La circolazione delle informazioni pone molte questioni relative al diritto di difesa delle parti, che comprende anche al loro diritto alla riservatezza⁶⁵.

Le istituzioni comunitarie sono tenute al segreto ex art. 287 del Trattato, ma le singole autorità sono regolate dal diritto nazionale. Facendo salvi lo scambio e l'uso di cui si è detto, la garanzia è stata comunque ripresa dall'art. 28 del Regolamento n. 1/2003/Ce, intitolato al segreto d'ufficio. In questo contesto si inseriscono i problemi relativi al segreto professionale, ai segreti commerciali e alle molte altre informazioni confidenziali che potrebbero danneggiare in modo rilevante l'azienda se rese note all'esterno. La giurisprudenza si è da tempo interessata a queste esigenze fondamentali degli interessati, come si avrà modo di illustrare nel prossimo capitolo. Alcune delle insidie procedurali connesse alla circolazione delle informazioni possono essere già anticipate: il rischio che il diritto ad un processo giusto sia rimesso alle autorità e, soprattutto, a legislazioni nazionali non armonizzate, la possibilità di procedimenti paralleli per le imprese e la compromissione della riservatezza sulle informazioni commerciali.

Nel sistema attuale che prevede un'ampia circolazione delle informazioni le opzioni possibili per un futuro intervento normativo a tutela dei diritti di difesa sono due: 1) la limitazione nella raccolta delle informazioni, rimessa alle legislazioni nazionali, e 2) le restrizioni nello scambio tra le autorità. I due soli casi in cui il Regolamento n. 1 prevede una limitazione del secondo tipo sono quelli: 1) delle informazioni riservate e 2) di quelle offerte volontariamente insieme all'istanza di clemenza. Ragionevolmente, alcuni autori lamentano l'insuperabile inadeguatezza di qualsiasi rimedio, in assenza di una completa armonizzazione o di un equivalente livello di tutela a livello comunitario. L'approccio poco garantista delle norme europee rivela una parzialità

⁶⁴ FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵ Sulle garanzie processuali e procedurali in relazione anche ai diritti fondamentali, su cui si tornerà nel secondo capitolo, v. WILS, *EU antitrust*, cit., p. 16 ss.

“amministrativistica” nell'affrontare il problema, che rischia di pregiudicare comunque i diritti delle imprese⁶⁶.

In particolare, si è fatto riferimento alle informazioni offerte dall'impresa presentando una richiesta di clemenza perché esse richiedono una particolare cautela nella circolazione. Come si vedrà meglio, sono informazioni sulla violazione a cui l'impresa ha partecipato, necessarie per il suo accertamento e per negoziare una riduzione o esenzione dalla sanzione per il richiedente. La regola generale è che queste informazioni non possono essere utilizzate autonomamente per iniziare un procedimento sanzionatorio⁶⁷. Più precisamente, esse possono essere utilizzate solo col consenso del richiedente, da autorità impegnate a rispettare le Linee guida in materia, salvo la sussistenza di condizioni di particolare garanzia per l'impresa che consentono di trasferire le informazioni senza consenso. La richiesta di clemenza è essenzialmente fondata sulla tempistica e viene spesso presentata contemporaneamente a più autorità. Conseguentemente, è una pratica che aumenta considerevolmente le possibilità di circolazione delle informazioni. La richiesta di clemenza ha effetto solo nei confronti dell'organo al quale viene presentata, ma le informazioni ad esso fornite per accedere al beneficio, possono circolare ex art. 11 (senza portare all'adozione di sanzioni, neanche di diritto nazionale), oppure, ex art. 12 (con il consenso dell'impresa che le ha fornite, salvo le condizioni richieste e già accennate)⁶⁸. In sintesi, la Comunicazione sulla rete tende ad escludere l'adozione di sanzioni sulla base delle informazioni fornite dall'impresa richiedente la clemenza. Tuttavia, i rischi che gli elementi raccolti servano per fondare in tutto o in parte procedimenti sanzionatori non sono del tutto fugati se si ammette la possibilità che la Commissione li utilizzi come prove. A questo rischio si aggiunge quello che le decisioni amministrative vengano comunque usate per fondare liti civili di risarcimento. Infine, ci sono paesi *extraeuropei* come gli Stati Uniti le cui regole

⁶⁶ REICHELDT, *To what extent does the co-operation within the european competition network protect the rights of undertakings?*, in *Comm.mar.law rev.*, 2005, p. 751 ss.

⁶⁷ Dubitando sulla reale possibilità che questo avvenga, PACE, *European antitrust*, cit., p. 290 ss. cita la giurisprudenza Corte giust., *Banca privada*, C-67/91, del 16 luglio 1992, in cui la Corte ha ammesso che le autorità a conoscenza di alcuni fatti li possano tenere in conto, non potendo pretendere da loro alcuna forma di *amnesia acuta*.

⁶⁸ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, cit., §40 non è richiesto il consenso all'uso delle informazioni se l'autorità ricevente ha ricevuto anche una richiesta di clemenza; se si sia impegnata per iscritto a non utilizzare le informazioni per sanzionare i beneficiari di clemenza; se le informazioni sono raccolte per conto di un'autorità che abbia ricevuto una richiesta di clemenza.

di *discovery* consentono di acquisire direttamente i documenti, comunque prodotti, da usare nelle azioni civili di risarcimento. Questi elementi di rischio, solo in parte contrastati dalla disciplina vigente, vanno sempre considerati dalle imprese nel richiedere la clemenza. Sul tema si tornerà anche nel prossimo capitolo, trattandosi di una materia molto vitale nel dibattito comunitario più recente.

3) Coerente applicazione delle norme comunitarie.

Il Regolamento n. 1/2003/Ce prevede forme di coordinamento sia tra i procedimenti che tra le decisioni. Al primo caso appartengono l'art. 13 ed i considerando 17° e 18°, che per evitare procedimenti plurimi e concorrenti, prevedono un meccanismo di sospensione anche parziale in caso di concorso. Tale facoltà di sospensione spetta sia alle autorità nazionali che alla Commissione e può arrivare all'archiviazione della denuncia, decisa presso un altro organo, senza obbligo di motivazione. L'autorità che decide la sospensione deve sapere che, sullo stesso caso, accordo o pratica, esiste un procedimento pendente presso un'altra autorità per lo stesso illecito e con lo stesso oggetto, salvo che non stia applicando esclusivamente il diritto nazionale. Come si è già evidenziato, l'autorità che istruisce il procedimento riceve dalle altre, autonomamente adite, anche i documenti e gli elementi di prova. Le autorità che abbiano sospeso il procedimento possono concluderlo decidendo conformemente all'autorità procedente, oppure archiviare (in questo modo concentrando ancor più chiaramente l'attività su un'unica autorità nazionale). Va invece escluso ex art. 5 del Regolamento n.1 che le autorità possano sottrarsi al dovere di decidere sulla violazione col pretesto di una necessaria riallocazione, in sostanza declinando tutte la propria competenza.

La norma che esplicita la necessità di un coordinamento delle decisioni è l'art. 16, che insieme all' art. 11, comma 4° prevede che le autorità informino la Commissione almeno 30 giorni prima di prendere una decisione. Quest'ultima potrà ordinare la cessazione dell'infrazione, revocare l'esenzione per categoria o accettare gli impegni dell'impresa. Alla Commissione vanno forniti anche una presentazione del caso, una proposta di decisione ed i documenti su cui questa si fonda. Sarà così possibile un controllo centrale sull'esito del procedimento, con cui la Commissione potrà suggerire modifiche, presentare osservazioni,

financo avocare il caso o procedere (per infrazione) contro l'autorità nazionale, se ne sussistano i presupposti⁶⁹.

Una forma di raccordo indiretto delle decisioni è invece prevista dall'art. 11, comma 5 ° che consente alle autorità di rivolgersi alla Commissione per ottenerne delle consulenze in materia di applicazione del diritto comunitario, non solo *antitrust*. Sempre in questo ambito, va tenuto presente che anche le imprese possono chiedere alla Commissione una lettera di orientamento per chiarire il loro caso specifico, prima che si inizi un procedimento nei loro confronti⁷⁰. Nella sua attività di autovalutazione l'impresa, che ha a disposizione tutti i documenti e le informazioni utili per classificare la propria condotta come lecita o illecita e può internalizzare ogni residuo rischio inducendo un livello di investimento sociale ottimale, è molto spesso in grado di qualificare correttamente il proprio comportamento. Presupposto fondamentale perché questo avvenga è che le norme siano chiare ed accessibili, senza lasciare spazio ad interpretazioni politico-discrezionali. In sostanza, perché il sistema funzioni è necessario che i concetti alla base delle regole siano condivisi nella comunità imprenditoriale e legale. Nel caso degli artt. 81 e 82 le citate condizioni sono in parte soddisfatte, ma per supportare le imprese, la Commissione, su loro richiesta, può emettere le c.d. lettere di orientamento. A queste è stata dedicata un'apposita Comunicazione nel pacchetto del 2004. Si tratta di atti non vincolanti per la Commissione, ma che vengono tenuti in considerazione nel caso di ulteriori indagini. Perché la lettera venga inviata devono però sussistere alcuni presupposti: 1) carenza di giurisprudenza sul punto, 2) particolare rilevanza economica del caso, 3) non necessità di ulteriori indagini in fatto.

4) Autorità nazionali.

La competenza piena e parallela delle autorità nazionali rispetto alla Commissione nel far rispettare i divieti *antitrust*, si fonda sugli artt. 3 e 5 del Regolamento n. 1/2003/Ce⁷¹. Le autorità possono emanare le decisioni

⁶⁹ La decisione adottata violando l'art. 11, comma 4° è invalida secondo la giurisprudenza Corte giust., *CIA International*, C- 194/94.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), in *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 78 ss.

⁷¹ Art. 5 regolamento n. 1/2003/Ce: (*omissis*) ... ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista

elencate al medesimo art. 5, quelle di revoca alle autorizzazioni ex art. 81, n. 3 (art. 29)⁷² e quella di archiviazione (art. 13). Non possono iniziare un procedimento se non ne sussistano le condizioni, ma vi sono tenute qualora tali presupposti sussistano sulla base della documentazione emersa dall'indagine preliminare (art. 5). La Commissione è tenuta ad avviare il procedimento se vi riscontri un interesse comunitario. Sia nel caso delle autorità che in quello della Commissione, se il procedimento non è avviato o si interrompe prima di una decisione, le parti sono prive della possibilità di un'impugnazione giurisdizionale degli atti compiuti.

L'applicazione parallela delle norme *antitrust* sconta i già anticipati limiti dovuti al ruolo di coordinamento e di *policy* della Commissione, di fatto rafforzato nel sistema decentrato. L' art. 11 esplicita al comma 6° questa prevalenza, prevedendo per la Commissione il potere di avocazione del procedimento pendente presso un'autorità nazionale (che, ove sia un giudice, crea l'esigenza di una disciplina specifica, poiché in generale non esiste un analogo potere di avocazione della Commissione rispetto agli organi giurisdizionali, che non fungano anche da autorità nazionali⁷³). Secondo la Comunicazione sulla rete la Commissione esercita questo potere discrezionale in cinque casi esemplificativi e non esaustivi: 1) rischio di decisioni contrastanti di varie autorità nazionali sullo stesso caso, 2) conflitto palese con la giurisprudenza consolidata, 3) indebito prolungamento del procedimento, 4) necessità di sviluppare la politica comunitaria della concorrenza, 5) non opposizione delle autorità nazionali⁷⁴. Prima di avocare il caso la Commissione informa la rete e riceve il parere del Comitato consultivo, il cui ruolo contribuisce al coordinamento delle varie competenze⁷⁵.

L'art. 16, comma 2° e il considerando 22° del regolamento n.1 prevedono un meccanismo che mira ad evitare pronunce confliggenti tra le autorità, le giurisdizioni e la Commissione. In particolare, è prescritto alle autorità nazionali il divieto di decisione successiva in contrasto con la Commissione sulla medesima fattispecie concreta. Se la Commissione avvia il procedimento prima

dal diritto nazionale. (*omissis*). v. anche FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 112 ss.

⁷² Potere generale concesso per la prima volta, come dimostra il § 51 della Comunicazione sulle denunce, in *Gazz. uff. Un. eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 65 ss.

⁷³ PACE, *I fondamenti*, *op.cit.*, nota n. 663, p. 334.

⁷⁴ Comunicazione sulla cooperazione nella rete, *cit.*, § 54.

⁷⁵ Regolamento n. 1/2003/Ce, art. 14.

che l'autorità nazionale abbia deciso priva quest'ultima della competenza. Se decide per prima l'autorità, opera invece il controllo della Commissione previsto all'art. 11, comma 3°. A questo livello i procedimenti paralleli risultano ipotizzabili solo se la Commissione stia decidendo sull'applicazione del diritto comunitario e l'autorità nazionale prosegua applicando il solo diritto nazionale *antitrust*. Vale comunque il vincolo per l'autorità nazionale di pervenire alle medesime conclusioni che se applicasse le norme comunitarie, salvo poterne trarre di più severe in base al diritto nazionale.

Il riparto, ai fini del presente lavoro, tra applicazione della norma nazionale o comunitaria, si può risolvere nella rilevanza comunitaria o meno dell'operazione per cui si procede, con la possibile applicazione parallela anche della legislazione nazionale⁷⁶. Diversamente dalla distinzione tra le competenze della Commissione e quelle delle autorità, abbastanza chiara perché ancorata alla rilevanza della condotta, alla dimensione dell'accordo e al pregiudizio al commercio degli stati, il riparto di competenze tra le varie autorità nazionali crea non poche perplessità applicative ed è regolato dal solo criterio del posizionamento idoneo. Successivamente all'inizio delle indagini, come si è già visto, le autorità possono interagire direttamente grazie allo scambio di informazioni, alla delega di atti di indagine⁷⁷, all'invio di osservazioni reciproche.

In particolare, la cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali.

Premesso che l'art. 6 del Regolamento n.1 delega espressamente l'applicazione diretta e integrale degli artt. 81 e 82 alle giurisdizioni nazionali, va segnalato che dal 1962 al 2005 sono stati iniziati circa sessanta processi di merito davanti a giudici nazionali in questa materia. Si tratta, quindi, di un settore ancora poco sviluppato, diversamente da quanto accade negli Stati uniti, soprattutto per la mancanza di incentivi all'azione, non previsti neanche dalle norme in commento⁷⁸.

⁷⁶ In Italia la legge nazionale si applica solo se il caso non abbia rilevanza comunitaria: art. 1 l. n. 287 del 10 ottobre 1990, in *Gazz. Uff.* n. 240, del 13 ottobre 1990.

⁷⁷ Regolamento n. 1, art. 22 e considerando n. 28, le autorità delegate applicano, ovviamente, il proprio diritto nazionale.

⁷⁸ PACE, *European antitrust*, cit., p. 310 ss. dubita della legittimità della delega ai giudici dell'applicazione diretta dell'art. 81, comma 3°, norma non direttamente applicabile, e ritiene che l'art. 6 del Regolamento n. 1/2003/Ce violi gli artt. 83 e 85 del Trattato e il principio dell'effetto diretto.

Tra gli aspetti pregiudiziali all'analisi c'è quello della formazione (e dei mezzi tecnici) dei giudici nazionali⁷⁹. Un utile strumento pratico da inserire nel contesto di accresciute conoscenze condivise è la realizzazione di *database* comuni delle decisioni nazionali, che rendano possibile un reale coordinamento, necessario soprattutto se verranno raggiunti gli obiettivi della Commissione⁸⁰. Il principale di tali obiettivi è, infatti, il rafforzamento dell'applicazione privatistica delle regole *antitrust*, basato su un incremento, solo teorico secondo alcuni autori, del contenzioso risarcitorio⁸¹. Le previsioni più realistiche portano comunque a limitare, per ora, la portata dell'aumento a quei processi in cui il rispetto delle norme *antitrust* si usa come eccezione contro l'inadempimento dell'accordo, ossia alle azioni di nullità.

Le valutazioni economiche a cui i giudici saranno chiamati dalla nuova applicazione diretta dell'art. 81, n. 3, di fatto non differiscono di molto da quelle già richieste loro dagli artt. 81 e 82. Giudici correttamente formati possono utilizzare con sicurezza varie forme di supporto e guida, rinvenibili anche nei precedenti comunitari e nei regolamenti di esenzione. La nuova applicazione diretta dell'art. 81, n. 3 da parte dei giudici è ritenuta di dubbia legittimità da una parte della dottrina, che ritiene non trasferibili le competenze amministrative di cui si tratta per il tramite di un regolamento *ex art. 83* del Trattato, come è accaduto con il Regolamento n. 1/2003/Ce. L'art. 81, n. 3 non avrebbe, infatti, effetto diretto e l'art. 83 sarebbe idoneo a disciplinare il solo sistema amministrativo di controllo *antitrust*⁸². Il problema merita riflessione, anche se in questa sede non ci si sofferma oltre, per non trascendere gli scopi fissati all'analisi.

Di maggiore interesse sono, invece, le ricadute sul sistema dell'ulteriore principio comunitario dell'autonomia processuale. Tale principio comporta che siano gli stati a sopperire nel caso di mancata armonizzazione di un settore. Di conseguenza, i giudici e le autorità amministrative nazionali devono comunque interpretare le norme nazionali nel modo più conforme al diritto comunitario⁸³.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione sulla formazione giudiziaria nell'Ue del 29 giugno 2006, COM(2006) 356 def.

⁸⁰ FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 173 ss..

⁸¹ WILS, *Principles*, cit., p. 25 ss.; PACE, *European antitrust*, cit., p. 313.

⁸² PACE, *I fondamenti*, cit., p. 447 ss.

⁸³ Sull'autonomia procedurale v. IDOT, *op. cit.*, p. 78 ss.; RITTER, BRAUN, *op. cit.*, p. 1037 ss. che sottolinea la particolarità di alcuni istituti di cooperazione, quali l'intervento *amicus curiae* degli organi

Questo vale anche per le norme processuali, che devono rispettare sia il principio di equivalenza (evitare che i diritti di origine comunitaria siano meno tutelati di quelli di origine nazionale), che quello di effettività (non rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti comunitari). Il coordinamento, in ultima analisi, ricade sui sistemi nazionali se esistono delle lacune nelle norme europee direttamente applicabili.

Un settore armonizzato solo in parte comporta un c.d. dislivello tra due sistemi normativi e può generare fenomeni di *shopping* o di arbitraggio normativo, laddove residui un margine di ricorso ai principi generali dell'ordinamento. Questo margine è lo strumento di integrazione tipico che si utilizza nell'ordinamento europeo. I fenomeni di interferenza tra ordinamenti sono favoriti dalla giurisprudenza comunitaria, come pure il mutuo riconoscimento. L'arbitraggio si contrappone alla scelta (*shopping*) perché non delocalizza gli interessi laddove le norme siano più convenienti (economicamente o giuridicamente, ossia, più o meno efficienti), ma sfrutta vari contesti normativi assimilandone i diritti senza integrarli nel proprio ordinamento. Se praticabile, questa opzione evita all'impresa di modificare le proprie strategie o di trasferire la propria sede all'estero. Le reazioni degli ordinamenti a questo tipo di fenomeni possono essere repressive, cooperative, o competitive, comunque, in ottica comunitaristica, incentivano l'armonizzazione e creano *standard* comuni che prima non esistevano⁸⁴.

La cooperazione tra e con i giudici nazionali non può che risentire dell'ancor limitato ricorso al contenzioso privato (in un'analogia col c.d. *reluctant plaintiff*). I giudici nazionali si sono dimostrati finora poco propensi a richiedere l'intervento consultivo della Commissione ed operano in un contesto di enormi differenze processuali⁸⁵. Non esiste piena interoperatività tra i giudici.

amministrativi e i limiti della giurisdizione nazionale

⁸⁴ GNES, *La scelta del diritto, concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, p. 313 ss.

⁸⁵ RILEY, cit, *Part Two*, p. 665 ss., per l'a. i limitati casi di cooperazione sono riconducibili a tre fattori che emergono anche dal raffronto con il sistema U.S.A.: forti differenze procedurali, carenza di cultura *antitrust* nel sistema giurisdizionale, resistenze di fondo a sviluppare pratiche competitive diverse dalla tradizionale cartellistica. Altri elementi che frenano il ricorso al giudice nazionale in Europa sono: la mancanza di incentivi al ricorrente, la lunghezza del processo, i problemi nella disciplina dei danni, le resistenze ad iniziare azioni in stati esteri e l'assenza delle *class-actions*. Infine, il sistema giudiziario si è sempre caratterizzato con un forte senso di indipendenza, anche rispetto alle opinioni della Commissione; v. anche PACE, *I fondamenti*, cit., p. 442 ss.; BROWN, HARDIMAN, *The extent of the Community institutions' duty to cooperate with national courts – Zwartfeld revisited*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 300 ss. la Corte di giustizia ha limitato il diritto del giudice nazionale ad ottenere le informazioni dalla Commissione entro la leale cooperazione di cui all'art. 10 del Trattato Ce.

Ciononostante, il Regolamento n. 1/2003/Ce delinea in modo sintetico le forme di coordinamento dell'azione amministrativa comunitaria con quella giurisdizionale. L'esigenza, già posta dalla giurisprudenza e dal considerando 21° del Regolamento n.1, è stata recepita agli artt. 6, 15 e 16, oltre che nell'apposita Comunicazione⁸⁶.

Preliminarmente, giova segnalare che sono previste sei forme di cooperazione tra i giudici e la Commissione (cui possono essere richieste informazioni e devono essere inviate le decisioni, ammettendosi anche la sospensione del processo civile in pendenza del procedimento comunitario) e viceversa (la Commissione può inoltrare osservazioni al giudice e decide con efficacia *latu sensu* vincolante per quest'ultimo sulla stessa pratica), nonché, tra i giudici e le autorità garanti (invio di osservazioni dall'autorità amministrativa). L'intervento delle autorità amministrative è limitato alla consulenza, di fatto, anche sulle decisioni.

Le ulteriori questioni che si pongono riguardano, ad esempio, il rischio di procedimenti o provvedimenti confliggenti; la preminenza del diritto europeo; l'onere della prova e lo *standard* della prova⁸⁷; il ruolo di *amicus curiae* delle autorità amministrative nel processo e, più in generale, le già richiamate differenze processuali tra i sistemi nazionali coinvolti. Su alcuni degli aspetti da ultimo evidenziati si propone un approfondimento.

1) Rapporto tra procedimento comunitario e processi nazionali.

Dalla giurisprudenza *Delimitis* e *Masterfoods* della Corte di giustizia deriva la gerarchizzazione dei procedimenti amministrativi *antitrust* e la sostanziale prevalenza di quello diretto dalla Commissione su quelli nazionali⁸⁸. Anche la decisione del giudice, sul singolo caso su cui si sia pronunciata o stia per pronunciarsi la Commissione, non può pervenire a conclusioni difformi. Le critiche a questa ingombrante supremazia amministrativa e burocratica non

⁸⁶ Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 54 ss.; Sentenza Corte giust. *Masterfoods*, C-344/98, del 14 dicembre 2000; AMATO, EHLERMANN, *op.cit.*, [KOMNINOS], p. 665 ss.

⁸⁷ Regolamento n. 1/2003/Ce, art. 2, può configgere con le norme nazionali attribuendo l'onere della prova. Lo standard della prova (considerando n. 5) non è disciplinato a livello comunitario, ma è rimesso al diritto nazionale, salvo il rispetto dei principi generali. Sentenza Corte giust., *Aalborg*, C-204 e 205/00.; sulla mancanza di un sistema di regole comunitarie sulla prova, colmata da una vivace attività giurisprudenziale v. anche NAZZINI, *The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in art. 82 EC cases*, in *Eur.Law. Rev.*, 2006, p. 523 ss.

⁸⁸ Sentenze Corte giust., *Masterfoods*, cit. alla nota 69. e *Delimitis*, C-234/89, del 28 febbraio 1991.

sono di facile soluzione. Per l'interpretazione delle norme, inoltre, i giudici possono proporre alla Corte di giustizia il rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato, strumento esclusivo della cooperazione tra giurisdizioni⁸⁹.

In piena coerenza con il sistema delineato sono stati redatti sia il considerando 22°, che l'art. 16 del Regolamento n. 1/2003/Ce, il quale disciplina la sospensione facoltativa del processo in caso di pendenza del procedimento davanti alla Commissione. L'obiettivo è quello di evitare il rischio di conflitto, visto che il Regolamento lo vieta anche rispetto alle decisioni future della Commissione, se il relativo procedimento sia già pendente. Certamente, una volta adottata la decisione della Commissione ha efficacia vincolante sui giudici nazionali che debbano pronunciarsi ex artt. 81 e 82 sugli stessi accordi e soggetti, per gli stessi fatti. Se non sussistano le citate condizioni di identità, la decisione della Commissione varrà probabilmente come mera prova documentale dei fatti, salvo il coordinamento con il sistema processuale nazionale. Analoga soluzione viene adottata in Italia, dove si propone di riconoscere alla decisione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato il valore di prova documentale, senza efficacia vincolante, nel giudizio sulle conseguenze civili della violazione accertata in sede amministrativa. Comunque, il giudice civile di rado disattende le conclusioni raggiunte dall'Autorità.

Alcuni autori suggeriscono un'interpretazione comparatistica per colmare la lacuna dell'ordinamento italiano, che non prevede la sospensione del processo in pendenza del procedimento amministrativo comunitario⁹⁰. La soluzione proposta fa leva sull'equivalenza strategica tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale nel nuovo sistema comunitario, che promuove il *private enforcement* rafforzandone il ruolo. Questa interpretazione tiene anche conto del nuovo supporto tecnico fornito ai giudici dalle autorità amministrative, a prescindere dall'adozione di una decisione amministrativa

⁸⁹ Sull'esclusione dell'ammissibilità di un rinvio pregiudiziale da parte di un'autorità nazionale amministrativa, secondo il recente orientamento della Corte di giustizia v. sentenza *Syfait-Glaxo*, C-53/03, del 31 maggio 2005 commentata in senso critico, tra gli altri, da TAGARAS e WAELBROEK, *Les autorités nationales de la concurrence*, in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 466 ss.

⁹⁰ Nell'ordinamento italiano sia la sospensione necessaria che quella facoltativa presuppongono la pendenza di due processi paralleli, ma non esiste il caso di sospensione del giudizio nel caso penda contemporaneamente un procedimento amministrativo.

vera e propria⁹¹. La citata visione comunitaristica non può fugare le perplessità processuali in materia di sospensione. In questo senso la tecnica processuale pone complessità non facilmente superabili in nome della pari importanza o dell'intento generale. Anche ammettendo che il procedimento ed il processo siano di pari rango nel sistema comunitario *antitrust* in nome della loro complementarietà (la parificazione è peraltro discutibile), le rispettive specificità tecniche sono il portato di funzioni ben diverse, che vanno comunque tenute in conto. Altrimenti, si realizzerebbe una duplicazione inutile di poteri e strumenti "di fatto" sovrapponibili ed equiparabili. Il coraggio del legislatore dovrebbe farlo optare per un sistema coerente, magari fino ad affermare un unico modello, invece di mantenere due percorsi autonomi e diversi, ma equiparabili alla bisogna. Nel frattempo, spetta ai sistemi nazionali elaborare gli adeguamenti armonizzanti delle loro norme, che salvaguardino le evoluzioni sistematiche previste a livello sopranazionale e la coerenza ai principi propri dell'ordinamento. In Italia, in attesa di interventi normativi precisi, si può utilizzare solo la sospensione facoltativa, da applicare talvolta come se fosse necessaria. La forzatura si fonda sull'obbligo dei giudici di uniformarsi alle decisioni della Commissione e crea, evidentemente, un'eccezione nel sistema italiano, equiparando di fatto un organo amministrativo comunitario ad una giurisdizione pregiudiziale. Tale equiparazione è, peraltro, difficilmente sostenibile in diritto se non per la necessità di adempiere ai veduti obblighi di coerenza (anch'essi anomali in un sistema in cui il precedente non vincola il giudice nemmeno se proviene da una giurisdizione, salvi casi di litispendenza, pregiudizialità o impugnazione). Evidentemente, è necessario un intervento del legislatore per chiarire a quale categoria ordinamentale vada assimilata la Commissione per giustificare: 1) la sospensione del processo in pendenza del procedimento, nonché, 2) il vincolo di decisione non difforme e 3) l'esclusione di ogni altra autorità amministrativa dallo stesso regime.

2) Scambio di informazioni.

⁹¹ NAZZINI, *Procedure comunitarie*, op.cit., p. 126 ss.; BOS, *Tying a gordian knot: putting principles of access to justice from the Eu convention of Human Rights and principles of effective remedies of the EC Treaty tighether to ensure an effective system of class actions in the wake of regulation 1/2003*, in *On the merits*, op. cit., p. 187 ss. sostiene l'esigenza di un sistema di *class-actions* europeo come via per garantire lo sviluppo delle azioni risarcitorie *antitrust* in ottica di *private enforcement* nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali della Convenzione europea dei diritti umani; KERSE, KHAN, op. cit., p. 63 s.

L'art. 15 del Regolamento n. 1/2003/Ce prevede la possibilità che il giudice richieda alla Commissione informazioni o pareri (in questo secondo caso dovrà fornire esso stesso all'organo comunitario gli elementi con cui consentirgli di inquadrare il caso)⁹². La richiesta di informazioni ad un soggetto istituzionale ha nell'ordinamento italiano l'ovvio rimando dell'art. 213 c.p.c., diversamente dalla richiesta di pareri (su quesiti specifici), che può forse essere ricondotta per analogia agli artt. 191 c.p.c. ss. in materia di consulenza tecnica d'ufficio. Nonostante la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, che può forse portare a superare la distinzione tra prova tipica e atipica a proposito dei pareri amministrativi *antitrust*, le valutazioni circa ammissibilità, rilevanza ed efficacia delle prove sono comunque rimesse alle norme nazionali. Opportunamente quindi, il Regolamento n. 1/2003 nulla dice in merito al valore probante che il giudice deve attribuire alle informazioni e alle osservazioni della Commissione. Esse avranno certamente un peso sulla decisione, senza però vincolarla, né peraltro essere soggette ad alcun sindacato giurisdizionale. Sul più delicato problema del contraddittorio si ritornerà in seguito.

Le informazioni, anche confidenziali, raccolte dalla Commissione possono essere trasmesse e usate dai giudici, purché ne sia garantita la riservatezza ad ogni livello⁹³. Solo il preminente interesse della Commissione può giustificare un rifiuto all'invio al giudice delle informazioni richieste che, comunque, non possono essere mai utilizzate in un processo nel quale il giudice applichi solo il proprio diritto nazionale⁹⁴. L'unica eccezione, per cui le informazioni scambiate possono fondare un procedimento di diritto *antitrust* nazionale, riguarda il *network* amministrativo e non i giudici.

3) Intervento *amicus curiae*.

La Commissione e le autorità nazionali possono intervenire spontaneamente nel processo come *amici curiae*⁹⁵ alla stregua dell'art. 15,

⁹² SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust: collaborazione informativa e strumenti di indagine a disposizione del giudice nazionale*, in *Il dir. indust.*, 2005, p. 473 ss.

⁹³ Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, cit., §§ 21 ss. In caso di mancata collaborazione, la Commissione può essere oggetto di richiesta di risarcimento danni, sentenza Corte giust., *Hoffmann La Roche*, C-85/76.

⁹⁴ FOA, *Accesso agli atti di cooperazione tra Commissione e giudici nazionali in materia di concorrenza e portata dell'eccezione sulla protezione dell'interesse pubblico*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2000, p. 660 ss.

⁹⁵ L'art. 15 del Regolamento non parla delle corti arbitrali, ma non possono escludersi interventi a loro ausilio, se la Commissione riesca a farli rientrare nelle proprie priorità.

comma 3° del Regolamento n. 1/2003/Ce⁹⁶. Si tratta di un istituto di matrice *common law*, che prevede la possibilità che un soggetto terzo intervenga nel processo come esperto imparziale, esclusivamente per favorire la corretta applicazione della legge. La Commissione interviene, nel rispetto del diritto processuale nazionale e dei relativi termini⁹⁷, solo se è a rischio l'uniforme applicazione delle norme *antitrust*⁹⁸. L'intervento dell'autorità nazionale si giustifica più genericamente, con l'esigenza di applicazione coerente delle norme *antitrust* e serve anche ad evitare che lo stato di appartenenza violi il diritto comunitario per il tramite di qualche giudice non sufficientemente preparato⁹⁹. Le autorità nazionali e la Commissione dispongono le proprie osservazioni anche d'ufficio, senza la richiesta del giudice, mentre le parti non hanno diritto di richiedere questo tipo di intervento¹⁰⁰.

In Italia non può essere applicato il modello dell'intervento volontario dei terzi nel processo, poiché l'autorità amministrativa non è portatrice di interessi propri nella causa, né di diritti connessi a quelli dalle parti. Il potere di intervenire è atipico e connesso alla funzione pubblica del soggetto interveniente, che lo esercita nell'interesse del giudice e non delle parti, in modo pienamente volontario. La compatibilità dell'istituto col processo passa ancora una volta dalla modifica della legge processuale nazionale. L'intervento assume la forma di osservazioni presentate al giudice per iscritto od oralmente (se da questo autorizzate), comunque, nel rispetto delle regole processuali nazionali. Non si tratta, come già anticipato, di un intervento in senso tecnico, perché le autorità e la Commissione portano alla causa un contributo tendenzialmente neutro e oggettivo, soprattutto relativo agli aspetti economici di cui abbiano conoscenze specifiche¹⁰¹. La Commissione o l'autorità rimangono comunque tendenzialmente terze rispetto alla causa, perciò, non entrano in contraddittorio

⁹⁶ WALBROEK, *Le régime*, cit., p. 28 ss.

⁹⁷ In Italia si giustifica l'analogia con la disciplina dell'intervento tempestivo ex art. 268 c.p.c.

⁹⁸ Resta salva, come si è detto, la possibilità che il giudice utilizzi anche l'ausilio della Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale.

⁹⁹ Sentenza Corte giust., *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, del 13 giugno 2006, che ha dichiarato responsabile lo stato membro per violazioni del diritto comunitario ad opera di un organo giurisdizionale di ultimo grado, senza che le norme nazionali possano escludere tale responsabilità o limitarla ai casi di dolo o colpa grave; c.f.r. anche la sentenza Corte giust., *Kobler*, C-224/01, del 30 settembre 2003.

¹⁰⁰ WILS, *Principles*, cit., p. 27 ss.

¹⁰¹ Comunicazione sulla cooperazione tra le Commissioni e le giurisdizioni nazionali, cit., § 27 e soprattutto § 29 che esclude la possibilità che la Commissione entri nel merito della controversia.

con le parti¹⁰². Tuttavia, anche se l'opinione emessa non vincola il giudice, esiste comunque il rischio che questi la segua in modo passivo, anche se risulti orientata a favore di una delle parti e senza che queste possano pienamente difendersi su di essa. Il rischio paventato si concretizza in modo particolare in una materia come il diritto *antitrust*, in cui il confine tra interesse pubblico e privato non è facilmente individuabile né mai del tutto chiarito. Il pieno rispetto dei diritti di difesa richiederebbe piuttosto un contraddittorio effettivo con l'*amicus curiae*, analogamente al caso del consulente tecnico d'ufficio, sempre che lo consenta il diritto processuale nazionale.

A margine, merita un cenno anche, all'opposto, il ruolo delle giurisdizioni nazionali deputate ad intervenire nelle ispezioni amministrative in funzione autorizzatoria. Questo intervento del giudice è limitato e mira esclusivamente a controllare la proporzionalità e la non arbitrarietà delle misure di indagine, senza poter entrare in alcun tipo di sindacato sulla necessità o legittimità degli accertamenti¹⁰³.

4) Coordinamento delle decisioni dei giudici nazionali.

Oltre a quanto già visto all'art. 16 sulla necessità che le decisioni dell'organo giurisdizionale non contrastino con quelle della Commissione, l'articolo 15 prevede l'esame da parte di quest'ultima delle sentenze rese in applicazione del diritto comunitario *antitrust*. Queste decisioni devono essere comunicate dagli stati *senza indugio* alla Commissione, immediatamente dopo che siano state notificate alle parti¹⁰⁴. Più che di cooperazione si tratta qui di un indiretto controllo verticale, che si estende ai documenti fondanti la sentenza. Questi documenti non rientrano nel meccanismo di scambio di cui all'art. 12, né possono fornire la prova di altre violazioni. Possono però valere come indizi. La trasmissione delle decisioni giurisdizionali alle autorità nazionali non è regolata a livello normativo e laddove sia opportuna, si svolgerà per il tramite della Commissione o secondo le regole nazionali.

In Italia è necessario un approfondimento normativo anche su questo tipo di relazioni, tutt'altro che marginali nel disegno complessivo del *network*.

¹⁰² Comunicazione sulla cooperazione tra le Commissioni e le giurisdizioni nazionali, cit., §§ 29 e 30.

¹⁰³ Regolamento n. 1/2003/Ce, art. 21 e Comunicazione sulla cooperazione tra le Commissioni e le giurisdizioni nazionali, cit.

¹⁰⁴ Se interpretato estensivamente comprende, nell'ordinamento italiano, anche l'ipotesi della pubblicazione.

Inoltre, la giurisdizione italiana non può essere formalmente ritenuta soggetta al vincolo del precedente amministrativo, ma su questo aspetto si attende una modifica della normativa processuale nazionale che rispetti le previsioni di coordinamento con la Commissione prescritte dal Regolamento n.1¹⁰⁵. Su questo aspetto è intervenuto anche il Libro Verde della Commissione sul risarcimento, che ha prospettato l'ipotesi di rendere la decisione amministrativa vincolante in sede civile, o almeno idonea ad invertire l'onere della prova¹⁰⁶. La seconda opzione pare una mediazione più equilibrata ed efficace tra le varie esigenze coinvolte, che verrà approfondita nel terzo capitolo.

Il sistema di applicazione decentrato sui giudici nazionali presenta poi delle specificità anche nelle interazioni reciproche dirette (ossia senza l'intervento della Commissione), dovute in gran parte al fatto che essi operano nei limiti del processo interno, con poteri e competenze ancor meno specialistici e armonizzati delle autorità amministrative. In alcuni stati, tuttavia, può verificarsi che anche l'autorità nazionale sia un giudice specializzato e non esista un autonomo livello amministrativo. Le complessità di rapporti sono note anche nei paesi ispirati al modello *antitrust* "comunitario", in cui, come in Italia, il controllo è distinto tra il livello (con caratteristiche atipiche rispetto agli altri procedimenti amministrativi) e quello giurisdizionale - di merito e impugnatorio (competenza ripartita tra giudice amministrativo e ordinario, con problemi di competenze ed interpretazioni giurisprudenziali in costante mutamento). I problemi di coordinamento tra le giurisdizioni nazionali, di cui il Regolamento n. 1/2003/Ce si occupa appena, esulano in parte dall'ambito di questa analisi e sono devolute alla prassi e alle regole generali del diritto comunitario e di quello nazionale.

1.3 Procedimento e poteri della Commissione.

La disciplina del procedimento avanti alla Commissione è diffusamente disciplinata nei Regolamenti n. 1/2003/Ce e n. 773/04/Ce e funge da parziale modello anche per le norme nazionali che sovrintendono all'applicazione diretta

¹⁰⁵ CASSINIS, *op. cit.*, p. 738 riferisce dell'avanzatissima riforma tedesca del GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, su www.bundeskartellamt.de) in vigore dal 1 luglio 2005, che ha sottoposto a vincolo di precedente i giudici nazionali nei confronti degli accertamenti di violazioni degli artt. 81 e 82 da parte di qualsiasi autorità del *network*. L'a. fa poi un confronto con la situazione in Inghilterra e in Italia (in cui il giudice spesso segue l'orientamento dell'autorità, ma solo di fatto).

¹⁰⁶ Libro Verde sul risarcimento, *cit.*, quesito n. 8. In favore della seconda opzione anche CASSINIS, *op. cit.*, p. 741.

degli artt. 81 e 82 del Trattato da parte delle autorità designate. Per comprendere il funzionamento del sistema di controllo *antitrust* e le problematiche applicative che esso pone è opportuno delineare i tratti essenziali del procedimento comunitario disegnato dal Regolamento. Nel secondo capitolo alcuni di questi istituti verranno ripresi in riferimento all'interpretazione che la giurisprudenza ha fornito¹⁰⁷.

I poteri della Commissione sono fondati prima di tutto sull'art. 85 del Trattato, aggiornato dall'art. 4 del Regolamento n. 1. Le azioni comunitarie a tutela della concorrenza sono state previste inizialmente dagli artt. 84 e 85 del Trattato. La disciplina applicativa degli artt. 81 e 82, era già contenuta nell'art. 83 del medesimo Trattato, ma in un primo periodo non è stata trasposta in un regolamento, lasciando che fosse la Corte di giustizia a formulare i principi necessari per via giurisprudenziale¹⁰⁸.

Il Regolamento n. 1 è intervenuto sul rapporto con le norme nazionali stabilendo che la norma interna *antitrust* può essere applicata anche se è interessato il commercio tra gli stati membri, purché siano soddisfatte due condizioni: 1) vanno applicate anche le regole comunitarie e 2) la norma nazionale non può legittimare un comportamento che quella comunitaria vieta (c.d. regola di convergenza, art. 3, comma 2°)¹⁰⁹. All'attuale art. 3 del Regolamento n.1/2003/Ce (applicazione diretta e decentrata degli artt. 81 e 82) si è giunti dopo un processo di graduale modifica legislativa, attraverso il Regolamento n. 17/62/Cee, il Libro Bianco sulla modernizzazione e la Proposta di regolamento del 2000¹¹⁰. Come già evidenziato, il Regolamento n. 1/2003/Ce nasce dall'esigenza di sostituire il precedente Regolamento n. 17/62/Cee, troppo dispendioso ed inefficiente, superato dalle necessità del mercato moderno¹¹¹. Gli elementi essenziali della riforma sono soprattutto procedurali e

¹⁰⁷ La giurisprudenza ad oggi esistente in materia è soprattutto relativa a decisioni adottate sulla base del Regolamento n. 17/62/Cee.

¹⁰⁸ Sentenza Corte giust., *Walt Wilhelm*, C-14/69.

¹⁰⁹ FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 99 ss.

¹¹⁰ Libro bianco sulla modernizzazione (COM) 101 def., in *Gazz.uff.Un.eur.* C 132, del 12 maggio 1999; Proposta di Regolamento (COM) 582, del 27 settembre 2000.

¹¹¹ FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 89 ss. riassumono in alcuni punti gli elementi caratterizzanti del nuovo Regolamento: incremento dell'applicazione degli artt. 81 e 82 (anche tramite le azioni civili, nonostante il Regolamento 1 da solo non paia sufficiente agli aa. per uno sviluppo significativo del *private enforcement*); ruolo della Commissione concentrato sull'applicazione delle regole, la promozione dell'interpretazione e dell'uniformità; autoreponsabilità delle imprese; effetto diretto: anche nel *private enforcement* potrà essere richiesta l'applicazione dell'art. 81 comma 3°; l'onere e lo standard della prova, il primo sull'autorità che contesta la violazione o l'impresa che invoca l'esenzione, il secondo, graduato a secondo della gravità

mirano a migliorare e modernizzare il sistema di controllo della concorrenza riguardo alle intese vietate ed agli abusi di posizione dominante. Lo strumento scelto per raggiungere l'obiettivo è l'incremento dell'applicazione decentrata e diretta degli artt. 81 e 82 del Trattato nella loro interezza (art. 1 e 3 del Regolamento n. 1/2003/Ce)¹¹².

A tutela delle imprese è previsto che queste possano essere sentite e che sia loro garantita la riservatezza delle informazioni aziendali. In particolare, gli artt. 27 e 28 fissano il divieto generale di divulgazione delle informazioni all'esterno della rete (con le deroghe degli artt. 11, 12, 15 e 27 già citati), se coperte da segreto (segreti professionali, aziendali e informazioni riservate), o se contenute in documenti interni della Commissione o delle autorità¹¹³. Va precisato che per "segreto commerciale" si intende un'informazione riservata che nasce o ricade su un dato settore imprenditoriale ed ha una rilevanza di mercato tale per cui, se rivelata, provocherebbe un danno all'impresa da cui proviene e a cui si riferisce. Come si è visto, vale il principio per cui le informazioni raccolte possono essere usate solo nell'ambito dell'indagine in cui sono state rinvenute ed al suo oggetto. Si vogliono così evitare le c.d. *fishing expeditions*, ossia indagini alla cieca, avviate senza che sussista un reale indizio di infrazione. Una volta acquisite, le informazioni possono circolare e le autorità possono utilizzarle, se ne garantiscono la riservatezza all'esterno. Ossia, se rifiutano ai terzi l'accesso alle informazioni riservate ed evitano di divulgarne i destinatari. La tutela può essere preservata solo se l'impresa abbia correttamente indicato i documenti che contengono segreti o informazioni riservate. Comunque, le autorità possono sempre usare le informazioni per impedire una violazione, nel rispetto di quanto sopra e dei diritti di difesa.

Nel dettaglio, il procedimento davanti alla Commissione si articola in vari momenti, tra i quali si segnalano in particolare, dopo la denuncia o l'iniziativa d'ufficio: le indagini, la comunicazione degli addebiti, la replica dell'impresa,

della condotta.

¹¹² Si è già fatto cenno alla previsione dell'applicabilità diretta dagli organi nazionali dell'art. 81, comma 3°, relativo alle esenzioni dai divieti in materia di intese e abusi di posizione dominante. Inoltre, si introduce un sistema c.d. di eccezione legale, in cui l'autorità viene chiamata a verificare i presupposti di esenzione solo se necessario a revocare il beneficio (art. 1 n.2).

¹¹³ Tali limiti di divulgazione riguardano anche l'invio delle informazioni ai giudici nazionali secondo la Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, cit., § 26 e gli artt. 20 e 21 del Regolamento n.1/2003/Ce. Le ragioni della limitazione sono la salvaguardia degli interessi della Commissione o del funzionamento della Comunità, non certo la protezione delle imprese; v. anche art. 287 Trattato.

l'audizione se richiesta, la consultazione dell'apposito Comitato, la decisione e la sua pubblicazione, se necessario con l'imposizione di un'ammenda o sanzione che deve poi essere eseguita. Sulle impugnazioni delle decisioni sono competenti il Tribunale di primo grado delle comunità europee ed in seconda istanza, la Corte di giustizia. Nei paragrafi che seguono si esamineranno brevemente tre degli aspetti procedurali del *public enforcement antitrust* da parte della Commissione: l'indagine in senso ampio, la decisione e l'eventuale impugnazione.

1) Indagine e procedimento.

Le fasi del procedimento davanti alla Commissione sono state individuate in primo luogo dalla giurisprudenza comunitaria¹¹⁴. Non è però prevista una durata massima del procedimento, aspetto pericolosamente lasciato alla discrezionalità dell'istituzione ed alle caratteristiche del singolo caso.

a) Impulso iniziale alle indagini. La Commissione può iniziare le indagini di propria iniziativa o su denuncia, non ha il dovere di decidere su ogni denuncia esaminandone il merito, ma solo quello di considerarla con attenzione¹¹⁵. Il diritto al trattamento imparziale della denuncia si inserisce nel diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000¹¹⁶. Formalmente, la denuncia viene redatta secondo il formulario C allegato al Regolamento n. 773/04/Ce, ma la Commissione riceve anche denunce informali o anonime per poi agire d'ufficio. Nella denuncia vanno evidenziati con chiarezza i documenti riservati.

b) Rigetto della denuncia. Alla fase di indagine informale sulla base della denuncia può far seguito il rigetto motivato della stessa, cui il denunciante ha diritto di replicare¹¹⁷. Il rigetto è alternativo alla procedura di accertamento in contraddittorio ed è rimesso alla valutazione discrezionale della Commissione sulla sussistenza dell'interesse comunitario, ossia, la priorità dei procedimenti

¹¹⁴ Sentenza Corte giust., *Automec I*, T-64/89.

¹¹⁵ Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, in *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 65 ss.; Sentenze Corte giust., *Ufex*, C-119/97; *Bat*, C-142/84 e C-156/84; *Cicce*, C-298/83; *Demo studio Schmidt*, C-210/81; Trib. *Automec II*, T-24/90.

¹¹⁶ In *Gazz.uff.com.eur.* C 364, 2000, p. 1 ss.; TOSATO, BELLODI, *op.cit.*, [in part. BELLODI, *Complaints*], p. 69 ss.

¹¹⁷ Il rigetto per riattribuzione ad altra autorità viene tempestivamente comunicato al denunciante ai sensi dell'art. 9 del Regolamento n. 773/04/Ce.

da istruire, la gravità delle infrazioni, l'esigenza di chiarire le norme, la pendenza di un altro procedimento nella rete, la disponibilità di rimedi giurisdizionali o nazionali, l'avvenuta cessazione della condotta illecita¹¹⁸. Il rigetto è motivato ex art. 253 del Trattato e dà luogo ad una decisione impugnabile. I denunciati possono anche attivarsi contro l'inazione della Commissione fino ad ottenere una decisione formale di rigetto, di cui potranno chiedere l'annullamento ex art. 230 del Trattato. Questo *iter* risulta però lontano dagli intenti dell'economia processuale. Il controllo del Tribunale non può comunque mai sostituirsi alla valutazione dell'interesse comunitario fatta dalla Commissione. Dopo il rigetto, il procedimento può essere riaperto solo se emergano elementi che giustifichino un nuovo esame. Se la Commissione non ritiene di rigettare la denuncia, o se questa non è stata proposta, avvia il procedimento formale e giunge ad una decisione dopo aver disposto l'audizione delle parti.

c) Denunciante. Se il procedimento viene aperto in seguito alle indagini, il denunciante riceve un estratto non riservato della comunicazione degli addebiti, può accedere ad alcuni documenti, può essere sentito e impugnare la decisione purché incida su di lui direttamente e personalmente¹¹⁹. Non può mai entrare in contatto con i segreti commerciali. La denuncia è ancora un'alternativa più diffusa e conveniente, anche a livello economico, rispetto al ricorso al giudice, nonostante il già citato auspicio della Commissione di rafforzare l'*enforcement* privato nel futuro. Esiste però una differenza importante tra le due opzioni: la Commissione può rigettare la denuncia discrezionalmente, mentre il giudice, se sussistono le condizioni dell'azione, è tenuto a decidere la lite¹²⁰. Per poter assumere il ruolo di denunciante, occorre avervi interesse¹²¹: l'importanza pratica di questa distinzione si sfuma, però, se si considera che la Commissione può comunque iniziare il procedimento d'ufficio. La giurisprudenza e la Comunicazione sulle denunce hanno delineato con elencazioni non esaustive quali siano le possibilità per proporre la denuncia. In linea generale, il singolo deve dimostrare di patire un pregiudizio individuale e diretto, contro il quale

¹¹⁸ KERSE, KHAN, *op. cit.*, p. 85 ss.; Sentenza Corte giust., *Automec II*, T-24/90.

¹¹⁹ Regolamento n. 773/04/Ce artt. 6 a 8 e Comunicazione sulle denunce, in *Gazz.uff.un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 65 ss.

¹²⁰ FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 122.

¹²¹ Interesse "legittimo" nell'art. 5 del Regolamento n. 773/04/Ce.

chiede alla Commissione un rimedio che, plausibilmente, non potrebbe ottenere dal giudice.

d) Avvio del procedimento. La Commissione invia dapprima la denuncia al resistente, chiedendogli di prendere posizione. In questa fase è ancora possibile che venga trovato un accordo. Quando la Commissione vuole iniziare un procedimento formale, invia al resistente e al denunciante una comunicazione degli addebiti (*statement of objections*), che può anche essere pubblicata, nel rispetto dei segreti commerciali e del contraddittorio. Nella decisione di avvio del procedimento va sinteticamente indicato l'oggetto dell'indagine, lo scopo e il fondamento giuridico della stessa, con una motivazione succinta e controllabile. Il resistente può replicare¹²². Nonostante il Regolamento n. 1 descriva l'atto di avvio del procedimento come se fosse una decisione, esso non lo è ai fini dell'impugnazione ex art. 230 del Trattato¹²³. La decisione finale della Commissione deve corrispondere alla comunicazione degli addebiti a pena di nullità.

e) Audizione delle parti e dei terzi. Accesso al fascicolo.

Il diritto ad essere sentiti dalla Commissione è disciplinato sia dall'art. 27 del Regolamento n.1/2003/Ce, che dagli artt. 12, 13 e 14 del Regolamento n. 773/04/Ce. Le audizioni sono richieste dalle parti nelle loro osservazioni scritte, ma possono partecipare ad esse anche i terzi che dimostrino di avervi un interesse sufficiente o le persone invitate dalla Commissione. La data dell'audizione è fissata dalla Commissione e le persone sentite possono farsi assistere da consulenti. L'incontro non è pubblico ma le dichiarazioni vengono registrate. Su richiesta, le registrazioni sono messe a disposizione dei partecipanti fatta salva la tutela dei segreti.

Solo dopo la notificazione della comunicazione di addebiti è consentito agli interessati l'accesso al fascicolo, esclusi i segreti commerciali, le informazioni riservate e i documenti interni delle autorità di controllo. Le imprese hanno l'onere di indicare i materiali riservati, di motivare la richiesta di riservatezza, di fornirne una versione non confidenziale del documento ed un

¹²² Regolamento n. 773/04/Ce art. 10. V. gli artt. 11 e 12 sul diritto ad essere sentiti dei destinatari della comunicazione.

¹²³ KERSE, KHAN, *op. cit.*, p. 122 .

suo riassunto. Il rispetto di questi requisiti è essenziale per ottenere la protezione della riservatezza da parte della Commissione¹²⁴.

f) Poteri di indagine della Commissione.

Inizialmente l'indagine è una fase preparatoria e la Commissione non è tenuta a rispettare i diritti di difesa delle parti (salvo i principi comunitari generali ed i diritti fondamentali) finché il procedimento non sia formalmente iniziato¹²⁵. Le sanzioni per le imprese che non collaborano alle indagini sono state inasprite con gli ultimi interventi normativi, per aumentarne la forza deterrente. Le prove più rilevanti nei procedimenti *antitrust* sono tradizionalmente quelle scritte, anche se recentemente è stata in parte rivalutata la prova orale, sia nelle indagini che nei procedimenti di clemenza. Tuttavia, alla Commissione manca ancora il potere di far giurare i testimoni, quindi, oralmente si acquisiscono in realtà meri indizi di prova. I poteri inquisitori della Commissione sono in minima parte innovativi rispetto al passato¹²⁶ e tendenzialmente superiori a quelli delle autorità nazionali. Queste però, in certi stati o su aspetti specifici, possono trovarsi ad avere invece facoltà maggiori rispetto alla Commissione (ad es. la richiesta di informazioni ai dipendenti, la sanzione penale per il rifiuto a sottostare alla misura, ecc.). Più poteri di indagine sottintendono, di solito, maggiori sanzioni¹²⁷. Viceversa, in alcuni stati è più forte la tutela delle parti, soprattutto riguardo ai due limiti generali del segreto e del divieto di autoincriminazione, che comprende il diritto a non produrre prove contro se stessi e quello al silenzio¹²⁸. Anche sulla compatibilità dei diritti di difesa con i poteri inquisitori della Commissione si avrà modo di soffermarsi in seguito, ma si segnala sin d'ora che l'applicazione dei diritti fondamentali a questi procedimenti, inizialmente controversa, sta trovando sempre maggior credito anche nella giurisprudenza comunitaria. L'esercizio di forti poteri di indagine, in particolare l'ispezione dei locali e l'acquisizione dei documenti (poteri rafforzati ed ampliati dal Regolamento n.1/2003/Ce), ma soprattutto il nuovo potere di ispezionare il domicilio privato dove spesso le imprese nascondono i documenti

¹²⁴ Regolamento n. 773/04/Ce, artt. 15 e 16.

¹²⁵ TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2005, p. 83 ss.

¹²⁶ Si ricorda che buona parte di tali poteri sono estensibili alle autorità nazionali per il tramite delle rispettive legislazioni.

¹²⁷ WILS, *EU antitrust enforcement*, in *World comp.*, 2006, p. 11 ss.

¹²⁸ Su questi aspetti si tornerà nel capitolo 2; WILS, *Principles*, cit., p. 130 ss.

a fini elusivi, in un contesto espressamente qualificato come non penale, suscitano anch'essi questioni di rispetto dei diritti fondamentali¹²⁹. Questi poteri sono sempre stati oggetto di contestazione da parte delle imprese, come dimostra la giurisprudenza ad oggi esistente, quasi esclusivamente formata sull'applicazione del Regolamento n. 17/62/Ceee. Anche il potere di raccogliere informazioni e quello di ispezionare i luoghi, già previsti dal Regolamento n. 17/62/Ceee si sono specificati nelle interpretazioni giurisprudenziali e nel Regolamento n. 1/2003/Ce, che hanno previsto la possibilità di richiedere copia dei documenti e quella di sentire oralmente le persone. Ogni atto di indagine può avvenire su semplice richiesta, mandato-autorizzazione o decisione. Le imprese devono dare risposte corrette, ma l'obbligo di sottoporsi alla misura di indagine nasce solo dall'adozione di una decisione che la disponga¹³⁰. Nel Regolamento n. 1/2003/Ce le indagini della Commissione sono disciplinate dagli artt. da 17 a 22.

In particolare, l'articolo 18 ed il considerando 23° prevedono il potere di richiedere alle imprese le informazioni *necessarie* all'indagine, con estensione all'intero mercato di riferimento¹³¹. Oltre che all'impresa, la Commissione può chiedere informazioni alle autorità nazionali della concorrenza, può sentire testimoni durante o al di fuori delle ispezioni, può accedere ai locali dell'impresa e non solo, può svolgere indagini di settore. I poteri della Commissione possono essere utilizzati in qualsiasi fase del procedimento e per un numero indefinito di volte, anche contro terzi o soggetti non aventi sede nell'Unione europea¹³², con decisione discrezionale. La Commissione, soprattutto quando indaga su intese segrete, è tradizionalmente alla ricerca di ogni forma di comunicazione tra imprenditori idonea a rivelarne gli intenti illeciti. Le informazioni che i concorrenti condividono sono in gran parte considerate sospette dagli organi di controllo, perchè anche l'aumento di trasparenza del mercato può essere uno strumento di condivisione di informazioni che sottintende accordi collusivi. Sul punto le

¹²⁹ IDOT, *op. cit.*, p. 93 ss.; in particolare, secondo il considerando n. 8 del Regolamento 1, questo non si applica alle norme nazionali penali, a meno che non si tratti di norme che servono per l'applicazione delle norme *antitrust*.

¹³⁰ In questo caso è naturalmente possibile l'impugnazione giurisdizionale della decisione.

¹³¹ Il concetto è dibattuto in giurisprudenza. La richiesta o la decisione sono adottate discrezionalmente dalla Commissione che decide sulla necessità delle informazioni, col solo limite generale di ragionevolezza, proporzionalità, rispetto dei diritti fondamentali.

¹³² Per evitare problemi di giurisdizione di solito il provvedimento è notificato nello stabilimento europeo o nella filiale europea, v. anche KERSE, KHAN, *op. cit.*, p. 153 ss.

imprese lamentano mancanza di certezza, poiché non è facile distinguere le comunicazioni neutre da quelle indirettamente collusive e non esiste una regola generale. Per definizione la collusione tacita e segreta è difficile da scoprire e da provare per la Commissione e appare inevitabile che questa, come tutti gli organi di controllo, possa perlomeno raccogliere gli elementi della condotta dell'impresa desumibili dalle comunicazioni scambiate con i concorrenti¹³³. Un importante limite all'esercizio dei poteri di indagine è dato dall'impossibilità di porre domande autoincriminanti alle persone interrogate, perché è onere della Commissione provare la violazione. D'altro canto, non è possibile invocare il diritto alla riservatezza per sottrarsi alle indagini. Le richieste di informazioni consistono in un elenco di domande e documenti. La decisione che dispone l'indagine specifica le informazioni richieste, lo scopo per cui sono necessarie, il termine di adempimento, l'avvertimento del rischio di sanzioni per il rifiuto, il ritardo o l'inesattezza e il diritto al riesame giurisdizionale della decisione (riesame cui di solito si accompagna l'istanza di sospensione della misura, concessa solo nel caso di danno irreparabile al richiedente)¹³⁴. Nella nuova disciplina sono precisate le forme di alcuni atti di istruzione. Ad esempio, le informazioni di cui all'art. 18 possono essere richieste semplicemente (all'impresa o alle autorità dello stato) o con decisione (all'impresa); mentre l'ispezione ex art. 20 può essere disposta con mandato-autorizzazione o con decisione.

L'articolo 19 ed il considerando 25° del Regolamento n. 1/2003/Ce consentono alla Commissione di interrogare le persone che rispondano volontariamente alle sue domande. Se l'audizione si svolge nei locali dell'impresa va avvertita l'autorità del luogo in cui questi si trovano. Come anticipato, la Commissione non ha il potere di intimare i testimoni o di obbligarli a dire la verità ed è tenuta a fornire il verbale dell'audizione alla persona che ha reso le dichiarazioni perché questa possa comunicare le eventuali rettifiche. Non ci sono però sanzioni per le risposte inesatte o fuorvianti. Il Regolamento n. 773/04/Ce ha precisato le modalità dei colloqui agli artt. 3 e 4: ne va fissato lo scopo e il fondamento

¹³³ CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2004, p. 1256 ss.

¹³⁴ Questi provvedimenti possono essere inviati anche all'autorità nazionale.

giuridico, il dichiarante deve essere informato se il colloquio viene registrato e gli va rilasciata copia della registrazione.

L'art. 20 ed il considerando 24° del Regolamento n.1 consentono alla Commissione di ispezionare i luoghi dell'azienda¹³⁵. L'ispezione agli spazi aziendali comporta ovviamente l'accesso a libri e documenti, la loro copiatura, l'apposizione di sigilli e l'interrogatorio dei dipendenti a immediato chiarimento, anche su corrispondenza, bozze, appunti, rimborsi spese dei dirigenti, registro delle telefonate e dei *fax*, nonché sull'*hardware* dei *computer* o sui *server*. E' invece escluso il potere di intercettazione audio video. Non serve una lista preventiva dei documenti che la Commissione vuol vedere durante l'ispezione. Se l'ispezione viene sospesa per qualsiasi motivo, l'esito della stessa può essere tutelato con il sigillo dei luoghi¹³⁶. Non si applicano le norme a tutela della *privacy* in nessuno dei luoghi di impresa, compresi armadietti, cassette e qualsiasi altro spazio, veicolo o terreno. I presupposti richiesti sono il rispetto dei fini dell'indagine e la necessità dell'atto. Il semplice mandato (o autorizzazione) viene usato raramente, essendo preferibile la decisione, che deve sempre precisare l'ambito lo scopo dell'indagine, la data di inizio, le sanzioni e il diritto al riesame giudiziale della decisione stessa e deve, infine, essere notificata ai destinatari. La Commissione può indagare su tutto il territorio dell'Unione e sanzionare ex art. 23 chi rifiuti l'ispezione nei locali d'azienda disposta con decisione, mentre per i locali non aziendali le sanzioni per il rifiuto e le modalità ispettive sono rimesse al diritto nazionale. La presenza di un consulente legale è garantita anche sospendendo brevemente l'indagine, ove non vi sia un legale interno. In generale, l'ispezione non viene comunicata preventivamente all'impresa (c.d. *dawn raids*)¹³⁷ soprattutto quando l'indagine verta sull'ipotesi di intesa segreta (*hard-core cartel*), è tuttavia possibile che sia necessaria l'assistenza di agenti dell'autorità nazionale o l'acquisizione di autorizzazioni del giudice (che non può comunque mettere in discussione la necessità degli accertamenti). Nel primo caso basta un mandato, nel secondo, serve una decisione formale che può essere eseguita coattivamente con

¹³⁵ WALBROEK, *Le régime*, cit., p. 32 ss. ; JONES, SUFRIN, *op. cit.*, p. 1062 ss.

¹³⁶ Il potere di apporre sigilli e l'audizione dei testimoni sono tra le novità del Regolamento n. 1/2003/Ce.

¹³⁷ ICN – Cartels working group, *Cooperation between competition agencies in cartel investigation, Report to the ICN annual conference*, 2007, Mosca, p. 5 ss., www.internationalcompetitionnetwork.org, pone molta attenzione sulla cooperazione tra autorità e giurisdizioni nel controllo delle intese ex art. 81 Trattato Ce.

l'imposizione di sanzioni per il rifiuto. L'autorità giudiziaria controlla solo l'autenticità della richiesta della Commissione e la non eccessività delle misure richieste sulla base delle informazioni fornitele dalla richiedente.

L'art. 21 e il considerando 26° del Regolamento n.1 prevedono un nuovo potere della Commissione, che può accedere ai luoghi non aziendali dell'impresa in presenza di plausibili sospetti che ivi si possano rinvenire documenti utili a provare la violazione. Tali luoghi includono le abitazioni private di direttori, *manager* e altri dipendenti, purché la decisione indichi i ragionevoli indizi su cui si fonda¹³⁸. L'art. 21, comma 4° limita i poteri degli ispettori in riferimento all'art. 20, ma non sono previste sanzioni per chi rifiuta questo tipo di ispezioni¹³⁹. Si noti, che anche rispetto ai poteri di indagine vale il principio per cui la possibilità di una sanzione certa per il rifiuto incentiva la collaborazione con un'opera di deterrenza. Nei procedimenti *antitrust* per il reperimento delle prove è fondamentale la collaborazione delle imprese, mentre l'uso della forza sarebbe un rimedio troppo costoso se praticato regolarmente nelle indagini. Le informazioni vengono spesso ottenute con la mera minaccia delle sanzioni e della coercizione, salvo comunque una valutazione di attendibilità delle informazioni fornite sotto questo tipo di pressione. Utilizzando la clemenza come ipotesi premiale e la minaccia dell'uso della forza o della sanzione come deterrente, la Commissione ha creato un sistema che incentiva la collaborazione dell'impresa, presentandola come vantaggiosa rispetto ad un rischio concreto¹⁴⁰.

2) Decisione.

a) Lettere di orientamento.

Le lettere di orientamento informale della Commissione non costituiscono decisioni. Sono disciplinate dalla relativa Comunicazione e dal considerando 38° del Regolamento n. 1/2003/Ce¹⁴¹. Come già anticipato nei paragrafi precedenti, le lettere facilitano l'autovalutazione da parte delle imprese, soprattutto nel nuovo regime di eccezione legale. Vengono emesse solo su

¹³⁸ Si è dibattuto sulla possibilità di perquisire l'abitazione del legale interno, e se lo si potesse considerare legale rappresentante dell'azienda.

¹³⁹ Regolamento n. 1/2003/Ce, combinato disposto artt. 21 n. 4 e 23 n.1.

¹⁴⁰ WILS, *Principles*, cit., p. 148 s.

¹⁴¹ Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 78 ss.

richiesta, se necessarie a chiarire il singolo caso sulla base degli atti. La Commissione non le dispone se vi sia un procedimento o una causa in corso, e comunque valuta discrezionalmente quali delle questioni sottopostele affrontare nella sua risposta¹⁴². I presupposti per ottenerla sono tre: 1) che venga posta una questione nuova anche rispetto ai precedenti giurisprudenziali, 2) che sia risolvibile utilmente con la lettera di orientamento (importanza economica, indici di una più ampia prassi, scopo dell'accordo), 3) che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

b) Poteri decisori.

Oltre ai poteri di indagine, la Commissione ha ampi poteri di decisione, specificati negli artt. da 7 a 10 del Regolamento n.1/2003/Ce¹⁴³. Si tratta dell'accertamento dell'infrazione, dell'ordine di cessare il comportamento illecito, dei provvedimenti cautelari, della condanna a sanzioni o ammende periodiche, della dichiarazione di inapplicabilità dell'art. 81, del rigetto della denuncia, dell'accettazione di impegni¹⁴⁴. Anche una volta chiuso, il procedimento può essere sempre riaperto per mutamenti nei fatti, perché non sono stati rispettati gli impegni, o perché le parti avevano precedentemente offerto prove incomplete o non corrette. La decisione ha alcune caratteristiche generali che si possono così sintetizzare: conclude un procedimento e viene notificata al destinatario, dopodiché, ha efficacia immediata ex art. 256 del Trattato. Essa può eccezionalmente riguardare anche le violazioni passate, ma non quelle solo potenziali per il futuro. La decisione commina sanzioni non retroattive.

Nelle decisioni di condanna il dispositivo contiene l'accertamento della violazione e la dichiarazione di efficacia. Valgono istituti quali la responsabilità solidale e il dolo o la colpa, per la graduazione delle ammende. La clemenza esclude in tutto o in parte la sanzione, ma non la decisione e neppure gli impegni possono prescindere per acquisire efficacia vincolante. Le sanzioni *antitrust* non sono penali¹⁴⁵, eppure alcuni autori e vari ordinamenti nazionali, come si avrà modo di approfondire in seguito, promuovono un'evoluzione in tal

¹⁴² Comunicazione sulla guida informale sulle questioni nuove nell'applicazione degli artt. 81 e 82 che sorgono da casi individuali (Lettere di orientamento), *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 78 ss.; PACE, *I fondamenti*, *op.cit.*, p. 312 ss.; JONES, SUFRIN, *op. cit.*, p. 1058, sostengono che le *guidance letters* siano le nuove *comfort letters*; KERSE, KHAN, *op. cit.*, p. 106 ss.

¹⁴³ Oltre alle decisioni processuali e istruttorie e a quella di revoca prevista all'art. 29 del Regolamento n. 1/2003/Ce.

¹⁴⁴ RITTER-BRAUN, *op. cit.*, p. 1040 ss.

¹⁴⁵ Regolamento n. 1/2003/Ce, art. 23.

senso del sistema europeo e auspicano l'introduzione di pene restrittive della libertà personale per aumentare la deterrenza¹⁴⁶.

La notificazione della decisione avviene a mezzo posta e fa decorrere il termine di impugnazione di due mesi. I vizi di notificazione non incidono sulla validità della decisione ma solo sul decorso del termine per impugnare. Alcuni tipi di decisione (cessazione della violazione, misure cautelari, impegni, inapplicabilità degli artt. 81 e 82 e sanzioni) devono essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, anche solo per punti¹⁴⁷. Al più tardi, dal quindicesimo giorno dopo la pubblicazione, decorre il termine di due mesi per l'impugnazione da parte dei terzi. Le decisioni possono avere contenuti vari ma vanno sempre motivate per consentirne il controllo giurisdizionale ex art. 253 del Trattato. La Commissione può adottare anche decisioni di tipo diverso con un unico provvedimento. Le violazioni procedurali (es. il rifiuto a sottomettersi a un'ispezione) sono ricondotte alle violazioni sostanziali all'applicazione degli artt. 81 e 82¹⁴⁸.

I poteri decisorii introdotti per la prima volta dal Regolamento n. 1/2003/Ce sono, principalmente, l'imposizione di rimedi strutturali ex art. 7, l'accettazione di impegni ex art. 9 e la possibilità di escludere l'applicazione di un'esenzione per categoria ex art. 29. Alcune categorie di provvedimenti che possono essere adottati dalla Commissione sono estensibili anche alle autorità nazionali ex art.

5. La casistica delle decisioni previste dal Regolamento n. 1 comprende:

- le ordinanze istruttorie o sul procedimento (in particolare, quelle ex artt. 18, 20 e 21 devono menzionare il diritto delle parti ad impugnarle);
- le decisioni necessarie a chiarificare una condotta passata (considerando 11° del Regolamento n. 1);
- l'archiviazione delle denunce non motivata (art. 13, comma 2°), che è funzionale al decentramento;
- il rigetto della denuncia, ad esempio, per carenza di interesse comunitario ex art. 7;
- la revoca del beneficio dell'esenzione di categoria (art. 29);

¹⁴⁶ WILS, *Principles*, cit., p. 53 s., ritiene che il diritto comunitario (artt. 83 e 308 del Trattato) consentirebbe già la previsione di sanzioni penali in questa materia, ma che siano gli stati a non essere ancora pronti.

¹⁴⁷ Ovviamente, vengono omessi i dati confidenziali. Quelle procedurali sono pubblicate solo se hanno un sufficiente interesse generale.

¹⁴⁸ Per una rassegna aggiornata delle decisioni della Commissione adottate recentemente, v. BLAISE, IDOT, *Concurrence, articles 81 et 82 (1 octobre – 30 juin 2006)*, in *Rev. Trim. dr.eur.*, 2006, p. 489 ss.

- la dichiarazione di inapplicabilità dell'art. 81 o 82 (art. 10 e considerando 14°), preceduta dalla pubblicazione di un riassunto del caso¹⁴⁹. Tale decisione è opportuna quando si riconoscano ad un accordo, nel complesso, effetti procompetitivi. Le decisioni di questo tipo sono legate ai fatti e valgono *rebus sic stantibus*. Solo la Commissione può adottarle, non le autorità nazionali, che patiscono anche l'ulteriore limite della territorialità degli effetti dei loro provvedimenti;
- la decisione di riapertura del procedimento (molto rara);
- gli ordini temporanei, cautelari, anticipatori, c.d. *interim measures* (art. 8 del Regolamento n.1),¹⁵⁰ anch'essi, per ora, di cauta applicazione. Possono essere adottati dalla Commissione solo d'ufficio. Vanno motivati, il resistente va sentito, ma non è obbligatorio l'intervento del Comitato consultivo. Serve un *fumus* di violazione, la prova dell'urgenza per evitare un danno serio e irreparabile (tendenzialmente, resta escluso il danno solo economico). Il provvedimento deve essere provvisorio ma può essere rinnovato. La procedura è un po' macchinosa e a volte le giurisdizioni o le autorità nazionali sono più rapide a fornire un rimedio adeguato. Tuttavia, l'effetto deterrente potrebbe essere garantito anche solo dalla possibilità astratta che venga disposta la misura cautelare;
- l'ordine di cessare la violazione accertata (art. 7 e considerando 11° e 12°), può eccezionalmente riguardare il futuro se la condotta è già concreta, ma in quel caso ha solo natura dichiarativa. Se invece riguarda un comportamento passato devono sussistere alcuni presupposti di legittimo interesse comunitario alla sanzione: la deterrenza, il rischio di recidiva o la necessità di sviluppare la politica anticoncorrenziale. L'ordine può essere interdittivo (ingiunzione negativa, di desistere dalla violazione), o impositivo (ingiunzione positiva, di compiere determinati atti), ma deve essere sempre proporzionato e necessario. Di solito gli ordini di fare (ingiunzioni) sono rari, ma soprattutto per le violazioni ex art. 82 può verificarsi la necessità di imporre un comportamento attivo,

¹⁴⁹ E' anch'essa una decisione nuova, simile alla precedente dichiarazione di esenzione, ma più forte, perché non solo non ci sono ragioni per procedere, ma si dichiara l'assoluta inapplicabilità dei divieti, i terzi sono invitati a fare osservazioni come nel caso dell'art. 9. Entrambe le decisioni servono a deflazionare l'attività della Commissione, evitando la decisione di accertamento. FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 134, ammettono la possibilità di combinare una decisione con impegni e una di inapplicabilità, per colmare la lacuna dell'art. 9 con un accertamento ex art. 10.

¹⁵⁰ WALBROEK, *Le régime*, *op. cit.*, p. 38 ss.; IDOT, *op. cit.*, p. 120 ss.; Ordinanza Corte giust., *Camera Care*, C-792/79.

anche in fase cautelare¹⁵¹. I rimedi prescritti possono essere comportamentali o (raramente) strutturali, il secondo caso configura un nuovo e residuale potere della Commissione e riguarda soprattutto interventi sulle *joint-ventures* che richiedono un riassetto del controllo. I rimedi strutturali incidono pesantemente sull'organizzazione dell'impresa, mentre quelli comportamentali, preferiti dall'art. 7 purché ugualmente efficaci, sono meno onerosi¹⁵². Valutare la proporzionalità del rimedio strutturale richiede complesse considerazioni economiche, ma poiché il Tribunale non può riesaminarle nel merito, all'impresa viene di fatto limitata la possibilità di contestare la decisione. Spesso l'ordine (*remedy*) è accompagnato dalla sanzione (*penalty*), ma la Commissione deve informare preventivamente tutti i terzi che possano patire pregiudizio dalla sanzione stessa, i quali possono presentare osservazioni. L'ordine non ha in sé una funzione punitiva, mira solo a far cessare l'infrazione imponendo un comportamento ad essa collegato. La Commissione sta cercando di migliorare il non facile monitoraggio dell'adempimento delle proprie decisioni, ma sarebbero necessari interventi anche normativi per garantire maggiore effettività all'esecuzione¹⁵³;

- l'accettazione di impegni (art. 9 e considerando 13°) costituisce un nuovo potere decisorio il cui aspetto più delicato è rappresentato dalla trasparenza del processo di negoziazione con l'impresa. Il Regolamento n. 1, infatti, non scongiura il rischio di c.d. *cattura del regolatore* che si traduce in una limitata tutela per i consumatori e per il mercato nel suo insieme. In sostanza, l'autorità di controllo potrebbe essere sottoposta all'influenza dell'impresa, trascurando l'interesse pubblico alla repressione dei fenomeni illeciti¹⁵⁴. D'altro canto, la Commissione potrebbe utilizzare gli impegni per spingere le imprese oltre i limiti dei propri poteri sanzionatori, grazie anche alla limitata possibilità di un riesame giurisdizionale. Il meccanismo risente di fatto delle molte incertezze esistenti sui requisiti procedurali e sulle conseguenze giuridiche degli impegni. Un

¹⁵¹ L'ordine può anche servire per obbligare l'impresa ad informare i clienti o i consumatori.

¹⁵² FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 121 s. sui limiti da tenere in considerazione prima di imporre una separazione societaria (grande impatto della violazione sul mercato, recidiva, inefficacia di altri rimedi, mantenimento dell'efficienza dell'impresa anche se viene imposta la separazione).

¹⁵³ BLANCO, *op. cit.*, p. 553.

¹⁵⁴ PACE, *European antitrust, op. cit.*, p. 237 ss. e *I fondamenti, op. cit.*, p. 302 ss.; ROMANO, *op. cit.*, p. 356 ss. sottolinea l'assimilabilità della decisione al *consent order* della *Federal Trade Commission* americana e la prassi precedente al Regolamento 1 secondo cui la Commissione dava rilevanza agli impegni, con rischi di arbitrio già contestati dalla dottrina.

ulteriore rischio è che la Commissione accetti gli impegni per evitare di adottare una decisione che potrebbe essere annullata in sede di impugnazione perchè il caso è stato istruito male. Il Regolamento n.1 richiede come unico elemento di controllo la motivazione della Commissione, che comunque non potrà mai essere impugnata nel merito davanti al giudice¹⁵⁵. Questi rischi pongono anche problemi di compatibilità con l'art. 10 del Trattato, a meno che la giurisprudenza non riesca a dimostrare che i meccanismi predisposti consentono di evitare che si consolidino gli interessi privati, scavalcando quelli pubblici. Inoltre, in mancanza di un accertamento amministrativo dell'infrazione, gli impegni rendono più difficile ai privati chiedere la tutela risarcitoria al giudice, che spesso non è in grado di determinare autonomamente la sussistenza della violazione¹⁵⁶. Proprio perchè le azioni di risarcimento non possono fondarsi sulle decisioni con impegni, queste sono provvedimenti interessanti, oltre che per la Commissione, anche per l'impresa. L'adozione di impegni si concretizza nei casi in cui la Commissione stia pensando ad un provvedimento ex art. 7 ma non lo abbia ancora adottato. L'iniziativa è dell'impresa, che si impegna ad eliminare gli elementi indizianti sollevati dalla Commissione nelle attività preliminari, evitando di arrivare alla decisione di condanna (che però può essere adottata dall'autorità nazionale). Di solito, la procedura si attiva quando il procedimento è formalmente iniziato, ossia dopo la comunicazione degli addebiti, ma anche prima, subito dopo il solo esame preliminare (che delinea la natura della violazione ipotizzata dalla Commissione). Non si richiede alle imprese di prendere posizione ammettendo l'illiceità del proprio comportamento. La necessità di soddisfare i requisiti che tranquillizzano la Commissione è un parametro molto vago, rientrando forse nel più generale principio dell'interesse comunitario, anch'esso destinato ad essere precisato caso per caso. E'uno strumento discrezionale di esecuzione, non serve a dare certezza giuridica alle imprese, ma ad affrontare un pericolo specifico per il futuro. Non esiste un diritto delle imprese ad ottenere l'accettazione degli

¹⁵⁵ I rischi di disfunzioni sono anche più evidenti nel caso delle autorità nazionali, strutturate e funzionanti in modi molto diversi, soggette solo al controllo della rete e della Commissione e ad un limitato riesame giurisdizionale.

¹⁵⁶ Il diritto dei terzi ad invocare la decisione con impegni davanti alle giurisdizioni nazionali per chiedere il risarcimento del danno, secondo alcuni autori dovrebbe essere garantito, anche sulla base della Proposta di Regolamento che lo esplicitava al considerando n. 12: FAULL, NIKPAY, *op. cit.*, p. 125; PACE, *European antitrust, op. cit.*, p. 238 ss

impegni proposti, né è facile prevedere le conseguenze di un rifiuto della Commissione ad accettare, che certamente non è impugnabile. Si tratta di un sistema molto utilizzato in materia di concentrazioni. Nell'*antitrust*, vengono adottate più spesso in casi di applicazione dell'art. 82, ma possono adattarsi anche all'art. 81, escluse le intese *hard-core*, rispetto alle quali vige la ben nota linea di tolleranza zero. In quelle aree dove il ruolo della Commissione è più di regolamentazione che di repressione può essere utile l'art. 9, che crea un meccanismo con cui si pone fine al procedimento, piuttosto che alla violazione. Se la Commissione accetta gli impegni può renderli vincolanti con una decisione (impugnabile dai terzi ex art. 230 del Trattato e sanzionabile per inadempimento). La decisione prima di diventare vincolante deve essere sottoposta al c.d. *test di mercato*, ossia alle osservazioni dei terzi, cui viene resa nota mediante pubblicazione di un estratto. Il test dà alla Commissione la misura dell'efficacia degli impegni sul mercato. Le decisioni che rendono vincolanti gli impegni sono eseguibili dalle giurisdizioni e dalle autorità nazionali. Devono prevedere un livello adeguato di certezza pur senza richiedere un costante monitoraggio del loro adempimento. L'impugnazione della decisione con impegni è preclusa alle parti che li abbiano proposti o accettati, mentre i terzi possono insistere sulla denuncia e impugnare la decisione che la rigetta accogliendo gli impegni (comunque, possono impugnare quella che adotta gli impegni). La questione fondamentale è se le decisioni ex art. 9 incidano sui diritti dei terzi, legittimandoli a far valere un interesse all'impugnazione anche se tali provvedimenti non precludono loro la possibilità di sollevare la violazione davanti alle autorità o giurisdizioni nazionali, né quella di presentare una denuncia sulla base di nuove informazioni;

- condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie: ammende (art. 23 e considerando 29° e 30°) e penalità di mora (art. 24). Dopo l'accertamento della violazione, o l' inadempimento di una precedente decisione con dolo o colpa, la relativa sanzione è calcolata in percentuale fissa sul fatturato totale dell'impresa nell'ultimo anno commerciale¹⁵⁷. Sono previste anche sanzioni procedurali per chi, ad es. fornisca informazioni non corrette o fuorvianti in risposta a richieste o decisioni, produca libri e documenti in forma incompleta, rifiuti l'ispezione, non

¹⁵⁷ La percentuale massima è dell'1% o del 10% ex art. 23. Linee guida sul metodo di imposizione delle sanzioni ex art. 23 del Regolamento n. 1/2003, in Gazz. uff. un. eur., C 210, del 1 settembre 2006

risponda alle domande durante l'ispezione, o rompa i sigilli. Le sanzioni giornaliere possono servire per costringere ad obbedire agli ordini di cessazione o procedurali prima della decisione finale. Le ammende sono calcolate discrezionalmente dalla Commissione secondo schemi, cui si fa qui solo un rinvio, contenuti nelle già citate Linee guida e periodicamente aggiornati. I parametri essenziali sono quelli della gravità e della durata della violazione, su cui si determina il livello base, poi aggravato o attenuato da circostanze come la collaborazione. Nel 2006, la Commissione ha cercato di portare chiarezza su questo aspetto, con l'emanazione di nuove Linee guida sull'emanazione delle sanzioni, che hanno reso più trasparente il meccanismo di calcolo. La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle sanzioni è delimitata solo in parte ed è problematico che le imprese non possano fare legittimo affidamento sull'importo delle ammende di cui sono passibili basandosi su parametri o precedenti certi, ma si debbano orientare sui criteri generali enunciati nella comunicazione degli addebiti e nelle Linee guida (in sostanza sull'autolimitazione della Commissione a cui, comunque, nulla vieta di poter modificare la disciplina alzando le ammende¹⁵⁸). La tendenza recente è quella di spingere le ammende verso le soglie massime, in funzione propulsiva delle politiche procompetitive. La sanzione ha un valore persuasivo e dissuasivo-deterrente e non è appropriata in alcuni casi, ad es. quando le imprese rendono noto esse stesse alla Commissione l'accordo richiedendo una lettera di orientamento¹⁵⁹. Salvo il principio del *ne bis in idem*, su cui si tornerà in seguito, le sanzioni servono soprattutto alla deterrenza, che in Europa non è ancora garantita dalle azioni civili, come succede invece negli U.S.A. Anche se le sanzioni *antitrust* non hanno natura penale, nella sostanza non si discostano di molto dalle pene, tranne che per il fatto di non poter imporre restrizioni della libertà personale. La sanzione ricade infatti sempre sull'impresa, non sulle persone, secondo meccanismi di individuazione della responsabilità a volte problematici, come dimostra la giurisprudenza che si analizzerà in seguito. Una

¹⁵⁸ ARNAUDO, *Il sistema sanzionatorio e le misure cautelari*, in FRIGNANI, PARDOLESI, *op. cit.*

¹⁵⁹ GRAY, e altri, *op. cit.*, p. 15 s.; i presupposti per l'emanazione della lettera riguardano la necessità di un chiarimento nel quadro giuridico comunitario, la rilevanza nel caso specifico, e la possibilità della Commissione di pronunciarsi sulla base delle informazioni in suo possesso: Comunicazione sulle lettere di orientamento, *cit.* Si tratta di documenti non vincolanti e non impugnabili che non possono servire per procurarsi una prova da portare davanti al giudice nazionale. Lo scopo delle lettere di orientamento è più ampio di quello delle precedenti *comfort letters*, che riguardavano soltanto l'applicabilità di un'esenzione per categoria.

volta sanzionata, l'impresa è invitata a pagare su un conto corrente indicato dalla Commissione nel suo provvedimento, entro una scadenza precisa. In mancanza, vengono imputati interessi di mora fino al saldo. L'efficacia esecutiva della decisione deriva dall'art. 256 del Trattato e non è sospesa automaticamente dall'impugnazione. Tuttavia, la Commissione dal 1981 ha una prassi che esclude l'esazione, se le imprese prestano garanzia e si impegnano a pagare gli interessi in caso di rigetto dell'impugnazione. Le imprese possono ottenere dilazioni di pagamento anche dopo la decisione di appello. L'esecuzione segue le regole di procedura civile dello stato in cui si trova il destinatario del provvedimento e patisce quindi le vedute carenze di armonizzazione. Materialmente, la Commissione si affida ad avvocati del libero foro che curano l'esecuzione in sede civile.

Quanto ai termini di prescrizione (artt. 25 e 26)¹⁶⁰ per la Commissione valgono quelli quinquennali che decorrono dalla violazione, o dalla sua cessazione se la violazione era continuativa. La prescrizione si interrompe se la Commissione o un'autorità nazionale, entro i cinque anni, ha iniziato formalmente un procedimento, sempre che non siano trascorsi oltre dieci anni dalla cessazione della violazione. Anche le sanzioni si prescrivono. La prescrizione per la riscossione è di cinque anni dalla decisione notificata. I giudici nazionali hanno competenza sulle opposizioni all'esecuzione, che però può essere sospesa solo dal giudice comunitario.

L'impugnazione *antitrust* serve anche a ripristinare il pieno diritto al contraddittorio e alla difesa in una sede non più amministrativa, ma pienamente contenziosa e giurisdizionale. La casistica più corposa e recente relativa alla contestazione giudiziale delle decisioni amministrative della Commissione riguarda quasi esclusivamente il ruolo delle varie imprese coinvolte, le modalità di calcolo delle sanzioni, l'imputazione delle soglie e delle aggravanti. Tradizionalmente, il giudice comunitario adito per contestare la sanzione respinge la richiesta di annullamento, ma diminuisce quasi sempre in modo significativo l'importo da pagare. Un'impugnazione con un grado di soddisfazione così ampio e noto, evidentemente, incoraggia le imprese a tentare la via giudiziale dopo ogni decisione pregiudizievole.

¹⁶⁰ La prescrizione per i poteri autonomi delle autorità nazionali è rimessa al diritto nazionale.

3) Impugnazione.

Preliminarmente, va ribadito che competente in via esclusiva sull'impugnazione della decisione della Commissione è il Tribunale di primo grado delle Comunità europee¹⁶¹, mentre la Corte di giustizia può essere adita in sede di legittimità¹⁶². La Corte è competente anche sui rinvii pregiudiziali¹⁶³, sulle procedure di infrazione¹⁶⁴ e sulle impugnazioni avverso le decisioni del Tribunale, di cui può riesaminare la legittimità ma non il merito e senza interferire con la sua piena giurisdizione in materia di sanzioni¹⁶⁵. Ad esempio, il ricorrente deve dimostrare una distorta interpretazione delle prove da parte della Commissione perché il giudice possa intervenire¹⁶⁶. Anche riguardo alle possibilità in sede di riesame giurisdizionale delle decisioni *antitrust* della Commissione si propone una sintetica casistica, rinviando per maggior completezza allo schema ordinario del processo comunitario.

Le azioni di annullamento (artt. 230, 231 e 233 Trattato Ce), di solito proposte dalle imprese, raramente dagli stati, sono prevalenti tra le impugnazioni *antitrust*. La loro ammissibilità è legata alla natura dell'atto, che deve costituire una decisione, ossia la posizione definitiva dell'istituzione che conclude il procedimento¹⁶⁷. Ad esempio, non sono decisioni la comunicazione di addebiti, il rifiuto di accesso al fascicolo, le lettere di richiesta ai denunciati di produzioni e commenti, l'imposizione di alcuni pagamenti periodici. Nei provvedimenti cautelari il contenuto decisorio convive con la temporaneità dell'atto ponendo la questione dell'impugnabilità ex art. 230. Le decisioni sono notificate al destinatario, dopodiché, decorre il termine per impugnarle di due mesi, decorso il quale la decisione diventa definitiva (potrà essere annullata solo per ragioni procedurali in caso di riassunzione). Sono legittimati all'impugnazione gli stati, le istituzioni, i privati destinatari della decisione o che dimostrino un interesse

¹⁶¹ Per le azioni promosse da parti private o da uno stato membro, in materia *antitrust*.

¹⁶² BLANCO, *op. cit.*, p. 554 ss.

¹⁶³ L'art. 225 Trattato le consente di delegare al Tribunale anche le decisioni su rinvii pregiudiziali, che restano di competenza della Corte se particolarmente rilevanti a livello generale, viceversa, sono comunque assoggettati al riesame della Corte.

¹⁶⁴ Le procedure di infrazione sono regolate dagli artt. 226 e 228 del Trattato e sono esperite contro gli stati.

¹⁶⁵ Il diritto all'impugnazione è un diritto fondamentale ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

¹⁶⁶ Anche il Tribunale sarà giudice di II grado sui *judicial panels* una volta istituiti.

¹⁶⁷ GRAY, *op. cit.*, p. 58 ss. elenca i requisiti e i casi discussi di decisione, come anche BLANCO, *op. cit.* p. 568 ss.; carattere aperto della decisione nell'art. 230, "qualsiasi misura...", esclusione delle lettere amministrative e degli atti del Consigliere Auditore, di cui dubita qualche interprete.

diretto e personale all'annullamento. Come si è visto in precedenza, l'interesse giustifica anche l'intervento. Ad esempio, sono legittimati il denunciante, i soggetti obbligati a sottostare alla decisione, anche in virtù di qualità personali specifiche ed i titolari di diritti procedurali invitati dalla Commissione¹⁶⁸. I motivi di impugnazione sono elencati all'art. 230¹⁶⁹. Solo se sia ravvisabile uno dei difetti ivi previsti (errore materiale di fatto, errore di diritto, errore di valutazione manifesto o eccesso di potere) il giudice potrà annullare la decisione impugnata. In particolare, è molto utilizzata dalle imprese la violazione dei diritti di difesa, come diritto ad essere sentiti in un procedimento pregiudizievole, che si specifica nei diritti ad essere informati del procedimento, ad esaminare le prove e il fascicolo, a rendere note le proprie difese, a fare osservazioni sulle repliche di terzi, ad avere assistenza legale, ad ottenere una decisione in un tempo ragionevole¹⁷⁰. Il controllo del Tribunale è "debole", perché riguarda solo la legalità dell'atto e non rimette in decisione il merito, anche per rispetto delle competenze della Commissione. La giurisdizione dei giudici di Lussemburgo è invece piena sulle sanzioni, ex art. 229 del Trattato, ma la sanzione può essere ridotta anche senza annullare la decisione impugnata. Nonostante alle parti non sia riconosciuto un diritto ad una decisione di merito neanche davanti alla Commissione, il Tribunale riesamina la legalità della decisione, senza potersi occupare a sua volta del merito¹⁷¹. Ultimamente, però, il giudizio si sta allargando spesso alle valutazioni economiche introducendo un sindacato più ampio. Comunque, la Commissione gode di un potere ampiamente discrezionale sul quale il riesame è limitato all'interpretazione dei fatti secondo i principi logici e giuridici applicabili. Se ravvisa un errore nella valutazione delle prove o un difetto nel ragionamento che fonda la decisione, il Tribunale, anche se non arriva ad annullare il provvedimento, di solito riduce la sanzione. Infatti, i ricorsi sono quasi sempre presentati sia ex art. 230 che ex art. 229¹⁷². L'annullamento priva la decisione di

¹⁶⁸ Di solito, quando il ricorrente prova di essere stato escluso dal mercato, la Corte ha concesso il diritto ad impugnare. Le controllate hanno interesse se la decisione su una di loro si estende alla sfera di affari anche dell'altra, le associazioni hanno interesse se sono titolari di poteri procedurali, se sono colpite direttamente come associazione e se rappresentano gli interessi degli associati

¹⁶⁹ GRAY, *op.cit.*, p. 70 ss; BLANCO, *op. cit.* p.576 ss.

¹⁷⁰ Durante il processo di impugnazione l'impresa non ha il diritto a far testimoniare una persona specifica, se il Tribunale non ne valuta la rilevanza. La prova della nullità della decisione incombe sull'impresa.

¹⁷¹ TOSATO, BELLODI, *op.cit.*, [in part. GATTINARA, *Judicial protection at european level*], p. 454 ss.

¹⁷² Anche la necessità di ulteriori informazioni rientra nelle possibilità del riesame, che non implica però automatica riduzione della sanzione.

effetti *ex tunc* e spetta alla Commissione prendere le misure necessarie per dare attuazione alla sentenza, ex art. 233¹⁷³. La decisione del Tribunale è esecutiva ex art. 256 ma può essere invocata solo da chi ha proposto l'impugnazione e non dalle parti acquiescenti.

Il riesame delle decisioni sulle sanzioni (art. 229 del Trattato) consente la giurisdizione piena del Tribunale (art. 31 del Regolamento n.1/2003/Ce e considerando 33°). Neppure la Corte può sostituire la propria valutazione a quella del Tribunale, neanche in sede di impugnazione. Come già anticipato, il Tribunale può annullare la sanzione anche senza annullare la decisione. Non si tratta però di un rimedio autonomo: la giurisdizione di merito sulle sanzioni può essere applicata dal Tribunale solo nel contesto del riesame di atti delle istituzioni, di solito, nelle azioni di annullamento. L'unico effetto dell'applicabilità dell'art. 229 è quindi quello di allargare i poteri decisionali del Tribunale su una parte delle decisioni *antitrust*¹⁷⁴. I motivi di riesame non sono elencati, ma sono gli stessi dell'art. 230. Come già anticipato, non c'è sospensione automatica dell'efficacia esecutiva della decisione all'atto di impugnazione, quindi l'impresa può scegliere tra adempiere o chiedere la sospensione e fornire garanzia bancaria fino all'esito dell'impugnazione¹⁷⁵.

Insieme all'impugnazione è possibile proporre un'istanza cautelare, un atto separato dall'impugnazione, in relazione alla causa di merito cui è subordinato (artt. 242 e 243 del Trattato)¹⁷⁶. I presupposti sono il *fumus* e il pericolo di un danno imminente e irreparabile, analogamente a quanto si è già rilevato a proposito delle misure temporanee adottate dalla Commissione¹⁷⁷. In particolare, la sospensione dell'esecuzione non consegue automaticamente alla proposizione dell'impugnazione, ma può comunque rendersi necessaria in molte ipotesi. Per ottenere la sospensione si può utilizzare l'art. 242 del

¹⁷³ In alcuni casi la Commissione ha ripagato parte della sanzione, in altri il ricorrente ha chiesto anche gli interessi; in altri ancora la Commissione non ha rimborsato la garanzia bancaria. Se l'annullamento è per vizi formali la Commissione può rettificare l'atto e proseguire il procedimento.

¹⁷⁴ GRAY, *op. cit.*, p. 87; sul punto v. anche MENGIOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle comunità europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento n. 1/2003*, in *Contr.imp.eur.*, 2003, p. 226 ss..

¹⁷⁵ BLANCO, *op. cit.*, p. 548 ss., l'A. precisa che l'obbligo di fornire fideiussione bancaria può essere eluso solo in casi eccezionali e specifici.

¹⁷⁶ A volte le imprese hanno ottenuto sia la sospensione delle ispezioni che quella delle sanzioni o degli ordini di cessazione.

¹⁷⁷ Il danno solo finanziario non è, salvo casi eccezionali, considerato irreparabile. La compensazione, anche se non facile, può essere ottenuta ex artt. 235 e 288 del Trattato. In sostanza, la Corte cerca un equilibrio tra il danno patito se non concede il cautelare e quello patito dalle altre parti se lo concede.

Trattato, mentre per altri tipi di misure, o di legittimazione, va fatto ricorso all'art. 243.

Le azioni contro l'inattività della Commissione (art. 232 del Trattato) contestano la mancata adozione di una decisione, tra cui sono incluse anche le lettere ex art. 7 del Regolamento n. 773/04/Ce. Legittimati ad impugnare sono i destinatari dell'atto non adottato. Prima che sia procedibile il rimedio giurisdizionale, serve che l'istituzione inattiva sia stata sollecitata formalmente ad adottare l'atto. La Commissione, come si è visto, può dare una priorità all'esame delle denunce, salvo valutarle tutte con la dovuta attenzione. L'art. 232 è invocato raramente, ma una dichiarazione di inattività può fondare anche il risarcimento ex art. 288 del Trattato.

Le azioni di risarcimento danni causati dalla Commissione (art. 288), infine, richiedono la sussistenza di alcuni presupposti: l'adozione di un atto ingiusto (anche di indagine) da parte dell'istituzione, il danno ed il nesso di causalità. Il Tribunale ha individuato alcuni tipi di danno risarcibile tra i quali la perdita finanziaria per l'annullamento del contratto, la svalutazione monetaria e il mancato guadagno, ma ha escluso i ricavi speculativi.

1.4 Controllo sul sistema.

L'esigenza di un controllo sul sistema di applicazione *antitrust* e la questione della mancata armonizzazione processuale e procedimentale si accentuano se si considera che attualmente ci sono 27 sistemi nazionali coinvolti nell'applicazione decentrata di norme relative a fenomeni di mercato complessi ed in continua evoluzione. Ogni volta che le informazioni e le decisioni, e con esse i diritti delle parti, circolano nella rete, oltre al non secondario problema linguistico, va tenuto ben presente che a livello nazionale il concreto svolgimento di processi e procedimenti può variare anche di molto. Ad esempio, lo stesso elemento di prova può avere un valore diverso nei diversi sistemi. Questa circostanza è negativa innanzitutto perchè la disomogeneità di prova o di decisione potrebbe pregiudicare una parte che abbia avuto rapporti commerciali in un paese e non in un altro. Inoltre, l'incertezza che comunque colpisce l'elemento processuale o procedimentale una volta messo in circolazione, produce di per sé un pregiudizio difensivo e nei diritti degli

interessati, sovraordinato alle conseguenze pratiche dell'effettiva valutazione di quell'elemento.

Per quanto riguarda i giudici nazionali, il controllo delle giurisdizioni comunitarie è tradizionalmente considerato sufficiente ad evitare le distorsioni più gravi, tuttavia, in un settore così specializzato ed in costante relazione anche con il livello amministrativo (finora quantitativamente, se non qualitativamente prevalente), la necessità di verificare costantemente l'efficienza del meccanismo applicativo si pone in modo rinnovato. Il coordinamento e la cooperazione potrebbero neutralizzare i rischi, l'incertezza ed i reali pregiudizi che il sistema potenzialmente veicola, solo se quest'ultimo fosse realmente omogeneo¹⁷⁸. Tale omogeneità non esisteva precedentemente al Regolamento n.1 e non esiste ora, a maggior ragione, con il maggior coinvolgimento diretto dei livelli interstatuali. Ogni lacuna nelle norme o ambiguità nelle interpretazioni si traduce in un potenziale pericolo per i diritti delle parti e per l'efficace applicazione delle regole. Il rischio è amplificato nel *network*. Le Comunicazioni successive al Regolamento n.1 sono nate proprio per guidare il coordinamento, ma mancando l'armonizzazione processuale e procedimentale nei 27 stati, il sistema attuale non è immune dalle disomogeneità e dalle disuguaglianze¹⁷⁹. In un tale contesto, è importante dare riscontro a quelle teorie di avvicinamento progressivo delle legislazioni e degli ordinamenti nazionali, come quella c.d. dell'armonizzazione riflessiva, fondata non sull'imposizione dall'alto di linee uniformi, ma sulla graduale modifica dei sistemi nazionali coinvolti, secondo principi condivisi. Questa prospettiva, arricchita dalla comparazione orizzontale oltre che dal dialogo verticale, rivela che il Regolamento n.1/2003/Ce può in realtà fungere da incubatore

¹⁷⁸ RILEY, *op. cit.*, *Part One*, p. 610 ss. e *op. cit.*, *Part Two*, p. 662 ss. in cui l'A. lamenta la poca cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali prima del Regolamento n. 1/2003/Ce, imputandola a problemi di allocazione dei casi, di lingua e, soprattutto, di procedure. Il Regolamento non altererà la situazione, poiché il decentramento era di fatto già largamente possibile in precedenza e la Commissione continua ad essere percepita come il giudice più autorevole e imparziale; CANENBLEY, ROSENTHAL, *Cooperation between antitrust authorities in and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part two*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2005, p. su convergenza, ICN, *ne bis in idem* in materia di sanzioni e diritto internazionale in materia di cooperazione *antitrust*; RITTER, BRAUN, *op. cit.*, p. 1039 s. sulla cooperazione coi paesi terzi all'Ue e l'elaborazione di principi di *positive comity*.

¹⁷⁹ GERBER, CASSINIS, *The modernisation of European community competition law: achieving consistency in enforcement- Part I*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, p. 14 ss. e *Part II*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, p. 53 ss.; NAZZINI, *Procedura comunitarie*, *cit.*, p. 98 ss.; WALBROEK, *Le régime des pratiques*, *op.cit.*, p.13 ss. ; COOKE, WILS, *The modernisation of EU competition law enforcement in the Eu - General and Community Reports*, FIDE,Cambridge, 2004, p. 630 ss.

dell'evoluzione del sistema comunitario tutto¹⁸⁰. Per accelerare il progresso, resta però preferibile la via di un intervento normativo.

Se si considerano, poi, i limitati poteri di sindacato giurisdizionale nel merito delle decisioni amministrative e la tendenza dei giudici nazionali a seguire gli orientamenti delle autorità, risulta evidente che i rischi a cui si sottopongono le imprese e i denunciati non possono ottenere una tutela efficiente dal mero riesame del giudice¹⁸¹. Sia nel sistema comunitario che in quello nazionale, la discrezionalità amministrativa risulta sostanzialmente immune da molti dei principi e dei controlli, non ultimo quello di integrale revisione, cui sono invece sottoposti gli atti giurisdizionali. Il problema si pone per il ruolo di straordinaria pervasività che, per contro, viene riservato alle indagini ed alle decisioni amministrative, in particolare della Commissione. La propagazione nella rete delle possibili lesioni ai diritti delle parti si accompagna così alla sottrazione del sistema ad un reale controllo sull'attività amministrativa e crea un'area di potenziale compromissione della tutela, laddove la si dovrebbe invece affermare. Su questo aspetto fondamentale si ritornerà anche nel paragrafo successivo.

1.5 Procedimento e categorie processuali.

Preliminarmente, le questioni centrali intorno alle quali ruota l'analisi processuale e procedimentale attengono strettamente alla qualificazione delle attività (istruttorie e decisorie) della Commissione, insieme alla verifica del tipo e del livello di controllo giurisdizionale che viene esercitato su di essa. Quanto al primo profilo, pare opportuno evitare di assimilare al processo un procedimento che è diverso nella lettera delle norme, nell'economia del sistema e nelle unanimesi pronunce dei giudici. Escludere l'attività della Commissione dalla categoria processuale formale, non vuol però dire non riconoscerne le particolarità che le sono proprie in termini di potenzialità aggressive dei diritti soggettivi. Se pure la Commissione è al centro di un meccanismo di natura prevalentemente amministrativa, è necessario che la tutela ai diritti delle parti sia "quasi giurisdizionale" come lo sono alcuni dei tratti più tipici del

¹⁸⁰ NAZZINI, *Procedure comunitarie*, cit., p. 134 s.

¹⁸¹ BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 97 ss.

procedimento. In particolare, il contraddittorio e la possibilità di difesa vanno sottolineati con forza maggiore di quanto avverrebbe nella normale dialettica amministrativa, poiché sono pacifici il carattere pienamente contenzioso del procedimento e quello pesantemente afflittivo degli atti della Commissione nei confronti delle imprese oggetto di “accertamento”. Si vedrà in seguito che l’uso del termine non è casuale, in quanto si approssima molto negli strumenti, se non negli esiti, all’accertamento proprio della cognizione giurisdizionale. Anticipando alcune delle riflessioni che si trarranno più avanti nell’analisi può ritenersi che il procedimento *antitrust*, pur non essendo un processo, per alcune sue caratteristiche fondamentali vada considerato e controllato come se lo fosse.

A tal proposito, viene spontaneo il collegamento con il secondo elemento della premessa, ossia con la necessità che il giudice imparziale, quando finalmente interviene in sede di impugnazione, possa e debba compensare ogni eventuale *deficit* di tutela che sia risultato dal funzionamento del procedimento amministrativo. Servirebbe dunque una potestà di controllo piena, diversamente da quella limitata ammessa dalla giurisprudenza, per assicurare alle parti, come nel caso del rinvio pregiudiziale, un momento, seppure rinviato alla fase giudiziaria, in cui la tutela si riespande ed il loro diritto è pieno davanti al giudice. Diversamente, mantenere un procedimento inquisitorio e non processualizzato, con un successivo controllo giurisdizionale limitato, crea il risultato di sbilanciare il sistema a tutto svantaggio delle imprese, dei diritti privati, ed indirettamente, proprio di quel pubblico interesse che li riassume che le norme *antitrust* vorrebbero proteggere. Se il controllo giurisdizionale fosse pieno, tuttavia, il sistema verrebbe comunque minato dalla duplicazione di accertamento e valutazione, che renderebbe di fatto inutile il livello amministrativo, anzi, discriminatorio rispetto a quello giurisdizionale in cui lo stesso inadempimento verrebbe accertato pienamente e nel rispetto delle garanzie, con un valore giuridicamente e socialmente superiore. Senza anticipare conclusioni, per questa via si giunge dunque a preferire l’azione giurisdizionale, alternativa e probabilmente superiore all’attuale prevalenza amministrativa.

Nel quadro complessivo di poca armonizzazione e limitato controllo cui si è fatto riferimento emerge chiaramente l'importanza di valorizzare le categorie processuali utili alla valutazione ed alla promozione del corretto funzionamento del sistema, innanzitutto nel suo profilo amministrativo, deputato *public enforcement antitrust* comunitario. L'elemento principale di questi riscontri, di cui ci si occuperà anche in seguito sulla base delle interpretazioni giurisprudenziali, è rappresentato dal diritto di difesa, come specificato dall'ordinamento comunitario nel contesto dei diritti fondamentali e ripreso dall'art. 27 del Regolamento n.1. L'onere della prova, invece, è disciplinato in termini accusatori dall'art. 2, ma si inverte nel caso di esenzione ex art. 81, n. 3, perché la norma prevede che sia l'impresa che invoca il beneficio a doverne provare la sussistenza dei presupposti. La fondamentale categoria processuale della difesa deve operare in modo corretto a garanzia dell'equilibrio nella dialettica di accertamento dell'eventuale violazione e compatibilmente con il fine pubblico perseguito dalle autorità amministrative e dal Trattato¹⁸².

A proposito di quest'ultimo, va ricordato che non vi si enunciano criteri tecnici generali per i procedimenti amministrativi, le cui regole sono demandate alla legislazione secondaria ed alla giurisprudenza. In un tale contesto si realizzano le vedute interferenze ed interazioni tra sistemi amministrativi e giurisdizionali, nazionali e comunitari. Sarebbe quindi molto importante garantire normativamente che in un contesto molto differenziato, le "condotte *antitrust*" delle parti siano sottoposte ad una valutazione imparziale, o almeno controllabile ed equa, anche e soprattutto se questa valutazione si svolge nell'interesse pubblico. L'equidistanza nella decisione è infatti un elemento necessario in ogni caso in cui il provvedimento abbia un contenuto potenzialmente pregiudizievole per le parti. Le regole del procedimento devono anche fare sì che agli interessati (in senso ampio) sia assicurato un contraddittorio giusto, se non pieno, come manifestazione del più ampio diritto fondamentale di difesa e che sia riconosciuta tutela al loro interesse ad agire, intervenire, impugnare. Ogni procedimento deve avere una durata ragionevole, le indagini e l'istruttoria devono rispettare regole e limiti, la riservatezza va

¹⁸² Regolamento n. 773/04/Ce, art. 16.

garantita e anche sul piano decisorio vanno salvaguardate le principali cautele dovute alle parti e ai terzi nei procedimenti contenziosi¹⁸³.

Fatte queste premesse sistematiche, va dato atto che nel sistema comunitario di vigilanza *antitrust* si realizzano condizioni di massima specialità. Il procedimento devoluto alla Commissione ed alle autorità nazionali (in larga parte, ma non tutte, amministrative) ha caratteristiche che lo distinguono fortemente da un qualsiasi altro procedimento amministrativo nazionale, pur non potendo rientrare tra i processi giurisdizionali per dottrina pacifica e per una scelta normativa precisa. In particolare, l'imparzialità dell'organo decidente pone questioni complesse anche se applicata ad autorità nazionali che non siano giudici, ma seguano il modello della Commissione o dell'Autorità garante italiana. Questo tipo di autorità, infatti, cumula le funzioni inquisitoria e giudicante, oltre che, talvolta, normativa¹⁸⁴. Data la grande rilevanza del *public enforcement*, è importante analizzare le caratteristiche procedurali dell'organo amministrativo per valutare se il sistema sia efficiente e se sia stato creato un meccanismo idoneo a bilanciare al meglio gli interessi in gioco. In questo contesto, giova ricordare che la giurisprudenza comunitaria ammette pacificamente la non imparzialità delle autorità come connaturata alla loro essenza amministrativa, riconducendole comunque tra gli organi che perseguono un interesse generale e non di parte. L'esercizio di poteri decisorii e inquisitori come quelli attribuiti in materia *antitrust* ad organi non imparziali, pone tuttavia non poche difficoltà. Queste come si è visto, non sono fugate dalle possibilità di un riesame giurisdizionale successivo. Nel nostro ordinamento, come in quello comunitario, il ruolo dell'autorità amministrativa è in realtà il frutto complesso di un'ibridazione multipla di potere esecutivo-normativo, pubblica amministrazione, pubblico ministero e giudice.

A livello internazionale, l'istanza di imparzialità nel procedimento *antitrust* si traduce in una verifica della sua compatibilità con l'art. 6 della Cedu, compatibilità che può essere ammessa solo seguendo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, che eccezionalmente ammette (per ragioni di efficienza) la concentrazione su autorità amministrative anche di attività di natura penale. La

¹⁸³ ANDREANGELI, *Impact of the modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 342 ss.

¹⁸⁴ WILS, *Principles*, cit., p. 46 s.

nozione estensiva di queste ultime comprende infatti tutte le decisioni che possono recare un pregiudizio grave alle condizioni del destinatario, come nel caso dei procedimenti *antitrust*. La Corte europea richiede, però, che sia garantito un riesame giurisdizionale di tali decisioni in un processo rispettoso dell'art. 6 Cedu. In sostanza, si posticipa l'instaurazione di un processo imparziale alla fase conclusiva del possibile *iter* di accertamento, fase che si svolge davanti al giudice. Per evitare questa forzatura, la dottrina ha anche ipotizzato l'alternativa della netta separazione delle funzioni. La proposta prevede di lasciare alla Commissione la fase inquirente, rimettendo la decisione direttamente ai giudici comunitari. Plausibilmente, si è ritenuto che in tal modo l'economia processuale ne trarrebbe giovamento, insieme ai diritti delle parti¹⁸⁵. L'ipotesi va però valutata alla luce degli obiettivi dell'attuale sistema e della sua capacità di raggiungerli, ad esempio, con riferimento alla decisione dei casi, al numero dei provvedimenti e all'effetto deterrente di questi ultimi. Un organo che cumula su di sé la funzione di indagine e quella decisionale, senza essere un giudice, presenta il rischio evidente di eccedere in inquisitorialità. Come già evidenziato, i dati empirici non sono sufficienti a formulare questa censura nel caso della Commissione, anche perché non sono mai state redatte statistiche su campioni significativi. Tuttavia, si segnala l'alto numero di decisioni annullate dal Tribunale che ha portato recentemente a modificare la prassi della Commissione. Ogni organo che sia inquirente e giudicante allo stesso tempo rischia di agire per confermare se stesso, per giustificare la propria prassi, per cercare di dimostrare un alto livello di efficienza. I controlli interni servono a eliminare questi rischi, ma rallentano il procedimento e sono costosi come, se non più, della separazione di funzioni. La Commissione non opera in un contesto processuale, ma comunque in un procedimento fortemente contenzioso che rischia di rivolgere in senso autoritario le sue caratteristiche amministrative giustificando le riserve degli interpreti¹⁸⁶.

Anche il controllo giurisdizionale, che solo può fugare le riserve sull'imparzialità della Commissione, si rivela incompleto e lento anche a livello

¹⁸⁵ WILS, *Principles*, cit., p. 160 ss. sostiene la possibilità di effettuare questa diversa attribuzione di funzioni senza modificare il Trattato.

¹⁸⁶ Sul problema della difficile convivenza tra effetti sanzionatori, procedimento contenzioso e natura formalmente amministrativa, anche per una completa ricognizione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo si rinvia al prossimo capitolo, nella parte che esamina l'applicabilità della Cedu al procedimento *antitrust*.

comunitario (possono trascorrere fino a 5 anni prima della decisione del Tribunale). Se davanti al giudice si operasse una revisione completa (anche di merito) e rapida della decisione amministrativa, il sistema attuale potrebbe aspirare ad essere immune dai pericoli e dai costi connessi al ruolo atipico della Commissione, evitando più complesse riforme. Inoltre, non è scontata la maggior economicità dell'esistente, rispetto al modello alternativo in cui la Commissione funzionasse da "P.M." davanti alla Corte¹⁸⁷. Infatti, i controlli interni ed esterni che adesso servono a garantire la trasparenza e correttezza della decisione amministrativa hanno un peso che non va sottovalutato. Questo rilievo vale soprattutto in materia *antitrust*, dove, rispetto alle concentrazioni, c'è un più ampio ricorso alla revisione giurisdizionale, con conseguente ulteriore appesantimento dell'*iter*. Inoltre, anche se non sono provati precisi eccessi inquisitori dell'autorità amministrativa, i meccanismi di controllo interno e giurisdizionale esistenti non bastano ad eliminare del tutto i rischi in questo senso¹⁸⁸.

Tornando ai diritti di difesa, è importante sottolineare che oltre ai problemi posti dall'allocazione dei casi, anche lo scambio di informazioni e l'utilizzo delle stesse come prove risente fortemente dell'assenza di armonizzazione processuale e procedurale tra i vari stati membri. Il criterio dell'ammissibilità delle misure di indagine è lasciato indefinito nelle norme, la Comunicazione sulla cooperazione delle autorità prevede che la prova sia utilizzabile se risulti ammissibile secondo le norme nazionali dell'autorità che la invia, indipendentemente dalle regole nazionali dell'autorità ricevente. Questo può essere un modo di superare vincoli nazionali più severi per l'ammissione delle prove dei procedimenti *antitrust*. Oltre a compromettere i diritti degli interessati al procedimento, si potrebbe così creare una discriminazione rispetto alle materie in cui non esiste una simile alternativa. Poiché la circolazione delle informazioni può limitare i diritti di difesa (compresi riservatezza e segreto) delle imprese, alcuni interpreti suggeriscono che, perlomeno, lo scambio delle informazioni per la riallocazione dei casi sia disposto con una decisione

¹⁸⁷ Negli U.S.A. i costi sono alti in tutti i processi perché il giudice ha un ruolo meno attivo che nei processi di tipo europeo.

¹⁸⁸ WILS, *Principles*, cit., p. 174 ss. Sostiene che il sistema alternativo sarebbe praticabile per l'*antitrust*, consentendo altresì di applicare le sanzioni penali affidando la decisione alle Corti.

formale, così da poterne chiedere la revisione giurisdizionale¹⁸⁹. Diversamente, l'opposta e ancora prevalente posizione, condivisa anche dalla giurisprudenza, ritiene gli atti di allocazione preparatori e informali, escludendoli dal novero delle decisioni impugnabili¹⁹⁰. Nel caso in cui la riallocazione sia decisa con decisione dell'autorità nazionale, il sindacato sarà inevitabilmente rimesso alla legge interna, in assenza di armonizzazione¹⁹¹. In Italia, tale decisione è impugnabile davanti al T.A.R., ma si discute se si rientri nella competenza generale, o in quella esclusiva del T.A.R. Lazio, come pare suggerire la natura dell'atto, riconducibile all'art. 33 l. n. 287/90. Sono legittimati al ricorso, secondo i recenti orientamenti del Consiglio di Stato, anche i concorrenti, terzi rispetto al procedimento, che lamentino la lesione di un interesse legittimo attuale, personale e concreto¹⁹². Infatti, sottrarre al sindacato del giudice questi atti potrebbe configgere non solo con i principi generali della difesa e del processo, ma portare addirittura ad un intervento della Corte europea di Strasburgo. La soluzione che meglio potrà salvaguardare la certezza del diritto, pare essere, anche su questo aspetto, la creazione giurisprudenziale di uno *standard* di tutela comune rispetto ai diritti fondamentali di difesa¹⁹³. Un'analoga attenzione all'applicazione di categorie processuali che riflettono il fondamentale diritto all'eguaglianza ed alla difesa va mantenuta rispetto ai terzi, nei loro possibili ruoli di concorrente, consumatore, alleato commerciale dell'impresa parte, anche in fase di esecuzione ed impugnazione della decisione, sedi nelle quali deve trovare spazio la possibilità di contestazione piena del provvedimento ingiusto o viziato. Il sistema di rete aumenta, naturalmente, le possibilità di compromettere questi ulteriori diritti latamente difensivi e quelle che l'eguaglianza nel giudizio non sia garantita in modo omogeneo. Se, ad esempio, una parte veda leso il proprio diritto di difesa davanti ad un determinato organo di controllo, va verificato se il pregiudizio patito possa essere validamente annullato coi rimedi previsti in sede locale, o se abbia la potenzialità di

¹⁸⁹ Sulla circolazione delle prove antitrust nel più ampio contesto del processo comunitario v. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *riv. trim.dir.proc.civ.*, 2006, p. 483 ss.

¹⁹⁰ ANDREANGELI, *op. cit.*, p. 351.

¹⁹¹ NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali*, *cit.*, p. 109 ss.; KERSE, KHAN, *op. cit.*, p. 59 s.

¹⁹² Sentenza Cons. Stato, n. 3865/04, *Motorola*, su www.giustizia-amministrativa.it

¹⁹³ Tranne che nei casi in cui l'atto sia della Commissione, o il procedimento da essa avviato, perchè tale istituzione non aderisce alla Convenzione universale dei diritti umani, ma v. art. 6 Trattato; ANDREANGELI, *op. cit.*, p. 347 ss.; RITTER, BRAUN, *op. cit.*, p. 1031 ss.

propagarsi nel sistema ponendo le proprie conseguenze negative al di là di efficaci ed economiche forme di riparazione interna.

In questa stessa ottica possono essere valutati gli adeguamenti processuali tecnici richiesti ai sistemi nazionali dalle nuove norme *antitrust*. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, si è già evidenziato come l'intervento, la richiesta di informazioni, la consulenza e la sospensione, siano tra gli istituti necessariamente da adeguare al contesto creato dal Regolamento n.1.

1.6 Cenni all'*enforcement antitrust* in Italia.

L'autorità garante per la concorrenza e il mercato è operativa in Italia dalla l. n. 287/90¹⁹⁴, successivamente emendata con ampliamenti di competenze e poteri dovuti all'adeguamento alle norme comunitarie e a ragioni di riorganizzazione interna del sistema delle autorità, in attesa di una loro auspicata riforma complessiva. Il procedimento avanti all'autorità è disciplinato essenzialmente dal D.P.R. n. 217/98 sulla falsariga del modello comunitario, salva l'applicazione per quanto compatibili, delle norme sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/90 e ss. modd.

Il recente Decreto l. n. 223 del 2006 e la relativa legge di conversione hanno integrato la l. n. 287 avviando l'attuazione di nuovi poteri dell'A.g.c.m., per conformarla al Regolamento n. 1 ed alle interpretazioni consolidate. In particolare sono stati formalizzati: 1) i poteri cautelari (art. 14 *bis* della l. n. 287), 2) le decisioni che accettano gli impegni (art. 14 *ter* della l. n. 287) e 3) il programma di clemenza (art. 15, comma 2 *bis* della l. n. 287). Tutte e tre queste materie sono poi state recepite in provvedimenti dell'Autorità garante e riflettono l'andamento parallelo tra l'evoluzione dell'applicazione *antitrust* italiana e quella comunitaria¹⁹⁵.

1) L'A.g.c.m., come la Commissione, può pronunciare i provvedimenti cautelari solo d'ufficio, in casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza. Il provvedimento non è prorogabile o

¹⁹⁴ l. n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, del 10 ottobre 1990, in *Gazz.uff.* n. 240 del 13 ottobre 1990.

¹⁹⁵ L'autorità garante, sui provvedimenti cautelari ha deliberato con il provvedimento n. 16218/2006; sulle decisioni con impegni con il n. 16015/2006 e sulla clemenza con il n. 16472/2007.

rinnovabile (diversamente da quanto previsto all'art. 8 del Regolamento n. 1). La sanzione prevista per l'inadempimento della misura è al massimo del 3% del fatturato (inferiore a quella comunitaria).

2) Quando l'autorità chiude il procedimento accettando gli impegni dell'impresa e rendendoli obbligatori con decisione, conserva il potere di riaprire l'istruttoria se muta la situazione di fatto, o il quadro probatorio risulti essere stato viziato, o se l'impresa contravviene agli impegni. Questi ultimi possono essere presentati entro tre mesi dalla notificazione di avvio del procedimento *antitrust*, anche basato sul solo diritto nazionale e se trasgrediti possono comportare sanzioni fino al 10% del fatturato. Probabilmente, andrebbero escluse queste decisioni per le violazioni gravi, ma in Italia per ora non c'è ancora un orientamento in questo senso. Valgono anche a livello nazionale le perplessità generali espresse a proposito di tutte le decisioni che escludono l'accertamento e limitano le possibilità di un'azione risarcitoria in sede giurisdizionale, pur riconoscendone gli indubbi meriti di celerità ed economicità¹⁹⁶. Va comunque salvaguardata la trasparenza della negoziazione, questione ancora più delicata a livello nazionale.

3) In caso di collaborazione qualificata dell'impresa nell'accertamento della violazione *antitrust*, il regime di clemenza prevede riduzioni od esenzioni dalla sanzione, secondo modalità ispirate al modello comunitario e regolate da apposito atto dell'Autorità garante.

Nella relazione annuale sull'attività svolta nel 2006 l'autorità ha dichiarato di aver indagato 16 intese e 5 abusi di posizione dominante, adottando una decisione di accertamento o di impegni per 3 delle intese e per ognuno degli abusi indagati. Tutti gli abusi e solo due delle intese sono stati valutati in relazione agli artt. 81 e 82 del Trattato. Nel primo periodo del 2007 risultavano in corso dieci istruttorie in materia di intese vietate e quattro in materia di abusi, oltre alle due già concluse con impegni. L'autorità è inoltre coinvolta in attività di indagine conoscitiva, segnalazione e verifica del rispetto delle sanzioni.

Sinteticamente, il procedimento davanti all'A.g.c.m. si divide in varie fasi: indagine preliminare, apertura del procedimento (notificata anche ai soggetti

¹⁹⁶ Indicazioni procedurali sull'istituto, su cui si tornerà in seguito, sono contenute nella Comunicazione del 23 ottobre 2006 dell'AGCM, in *Boll.* n. 39/06, sull'argomento v. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, p. 722 ss.

che vi abbiano interesse), istruttoria con poteri di ricerca informazioni, consultazione di esperti, ispezioni e raccolta documenti, decisione. Ai partecipanti al procedimento è garantito l'accesso al fascicolo (documenti relativi alla violazione), in un tentativo di bilanciare l'interesse alla riservatezza con il diritto di difesa. Quando la fine del procedimento è loro comunicata, le parti possono inviare repliche scritte. La decisione dell'autorità è motivata. L'atto impugnabile è solo quello che incide direttamente sugli interessi delle parti ed è immediatamente esecutivo. Sotto questo profilo, anche a livello nazionale, si pone il problema dell'impugnabilità gli atti procedurali, in particolare di quelli relativi all'avvio del procedimento e all'indagine. In sede di impugnazione, il giudice amministrativo può ricorrere ad esperti, anche se non lo fa quasi mai. Sulle decisioni rese in applicazione della l. n. 287 è competente in via esclusiva per l'impugnazione il T.A.R. Lazio, con secondo grado avanti al Consiglio di Stato. Hanno legittimazione a impugnare non solo le parti, ma anche chi abbia patito un pregiudizio, da dimostrare caso per caso. La ragione dell'approccio restrittivo ad ammettere le impugnazioni si fonda sulla *ratio* della l. n. 287, che tutela il pubblico interesse al mercato libero, non quello individuale ad operare in tale contesto (la concorrenza, non il concorrente). Di conseguenza, anche se avevano partecipato al procedimento, sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi di associazioni di consumatori e di concorrenti non direttamente interessati dalla decisione. L'approccio comunitario sul punto è invece più elastico, come già anticipato e come si chiarirà nel prossimo capitolo. Il sindacato del giudice si limita alla legittimità dell'atto, valutata sulla base di vizi tassativi (difetto di competenza, eccesso di potere, violazione di legge), mentre non può mai sostituirsi alla valutazione di merito compiuta dell'autorità. La competenza è piena solo rispetto alle sanzioni.

Il sistema di controllo nazionale *antitrust* comprende anche la giurisdizione ordinaria, direttamente coinvolta nella cooperazione con la Commissione e nell'applicazione diretta dei divieti comunitari. La competenza esclusiva ad applicare la l. n. 287 (anche unitamente alle norme comunitarie) è riservata alla Corte d'appello (in unico grado di giudizio), mentre l'applicazione dei soli artt. 81 e 82 del Trattato rientra nelle ordinarie regole di competenza del giudice, tendenzialmente il tribunale, presso il quale potrebbero essere istituite

delle sezioni specializzate¹⁹⁷. I due giudici civili possono teoricamente procedere in parallelo, anche può essere opportuna la sospensione facoltativa di uno dei due processi. Finora, sono state le parti a dover sollevare l'applicabilità delle norme comunitarie, altrimenti, il giudice applicava il diritto nazionale. Anche nel rispetto dei requisiti posti dal Regolamento n. 1, è probabile che le cose non cambieranno molto nell'immediato futuro, infatti, la diretta applicabilità degli articoli 81 e 82, era già attuabile anche in precedenza, con l'eccezione dell'art. 81, n. 3.

La casistica italiana, pur in lenta evoluzione, conferma la generale scarsa appetibilità della via giurisdizionale di merito *antitrust* su cui si tornerà nel terzo capitolo. La situazione di confuso arretrato che caratterizza la giustizia italiana non fa che rendere ancora meno conveniente la via privata di tutela, rispetto all'*enforcement* pubblico. Inoltre, rispetto ai colleghi stranieri, i giudici italiani sono a dir poco restii ad avvalersi della consulenza della Commissione durante il processo, forse anche per i vincoli processuali posti dall'ordinamento all'ingresso nel giudizio di "opinioni amichevoli", alle quali può forse riconoscersi il mero valore della prova atipica. In alcuni rari casi sono stati però richiesti documenti all'Autorità garante ex art. 213 c.p.c., soprattutto da parte di giudici di pace nelle cause di risarcimento dei consumatori originate dalla decisione dell'A.g.c.m. del 28 luglio 2000 sull'assicurazione automobilistica. Per quanto riguarda la garanzia alla riservatezza delle informazioni, l'art. 213 c.p.c. e le norme collegate tendono soprattutto a promuovere il pieno accesso al fascicolo e solo la normativa in materia di proprietà intellettuale consente al giudice l'adozione di misure a tutela del segreto di cui sarebbe forse opportuna un'estensione all'*antitrust*.

Gli strumenti comunitari risultano, insomma, ancora poco integrati con il sistema italiano, né risultano proposte di adeguamento armonizzatore delle norme processuali. Esemplificando, mancano ancora norme di raccordo per consentire l'intervento *amicus curiae* dell'autorità e della Commissione e la trasmissione a quest'ultima delle decisioni in via automatica¹⁹⁸. Altri interventi di coordinamento normativo sarebbero poi necessari tra *enforcement* pubblico e

¹⁹⁷ Nel processo ordinario ci sono limitate possibilità di intervento per i terzi. I cautelari vanno disposti dal collegio, o comunque dall'organo decidente, anche se si discute del caso del Tribunale.

¹⁹⁸ CASSINIS, *op. cit.*, p. 743 ss.

privato, mentre per la giurisdizione, le competenze andrebbero forse unificate, come da tempo chiesto dalla dottrina. In un quadro lentamente avviato ad inseguire gli stimoli europei, si può ancora confermare anche in Italia la maggior efficacia e funzionalità del *public enforcement* rispetto all'azione civile per la repressione degli illeciti *antitrust*. Infatti, il giudice civile viene adito per dichiarare la nullità di un accordo e/o per ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza dell'illecito, ma spesso si uniforma all'accertamento amministrativo (l'autorità può anche intervenire come *amicus curiae*, per l'applicazione delle sole norme comunitarie), che quasi sempre lo precede. Anche per il *private enforcement* il presupposto è che il comportamento da accertare abbia leso il mercato. Le due forme di tutela sono complementari, il *private enforcement*, in particolare, dovrebbe rafforzare la deterrenza del *public enforcement*, al quale, come si è visto, sono riconosciuti poteri e strumenti tendenzialmente più efficaci¹⁹⁹.

Nel sistema italiano il controllo sul corretto coordinamento tra autorità amministrativa e giurisdizione è rimesso agli organi di vertice della magistratura ordinaria e amministrativa. Tuttavia, vi sono aspetti che sfuggono al sindacato di tali giudici, per la natura specifica delle controversie o dei poteri. Di conseguenza, non sempre è garantita una tutela piena avverso applicazioni illegittime delle norme, in particolare, riguardo al diritto alla difesa e alla prova. E non sempre è assicurata la piena revisione delle valutazioni che hanno portato alla decisione amministrativa impugnata. D'altro canto, si verificano anche casi opposti, in cui alcuni elementi necessari alla decisione non possono essere ammessi, per carenze nelle norme nazionali che disciplinano il processo o, più raramente, il procedimento.

1.7 Fonti.

L'adozione dei Regolamenti procedurali n. 17/62/Cee²⁰⁰, abrogato, e n. 1/2003/Ce si fonda sull'art. 83 del Trattato, supportato anche dai successivi

¹⁹⁹ CASSINIS, *op.cit.*, p. 731 ss. cita ad es. i programmi di clemenza come strumento per far emergere gli accordi, e ricorda che le azioni private siano soprattutto *follow-on actions*, e raramente *stand-alone actions*, anche in ordinamenti dotati di istituti come la discovery; sentenza Corte giust., *Courage*, C-453/99.

²⁰⁰ Regolamento del 6 febbraio 1962, primo Regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, e ss. modd., in G.u.c.e. n. 13, del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

articoli 84 e 85, che forniscono un regime provvisorio di attuazione dei divieti da parte della Commissione e delle autorità nazionali. L'art. 83 recita:

1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82 sono stabiliti dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Le disposizioni di cui al comma 1° hanno, in particolare, lo scopo di : a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 81 comma 1° e all'art. 82, comminando ammende e penalità di mora; b) determinare le modalità di applicazione dell'art. 81 comma 3° avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo; c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione degli articoli 81 e 82; d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo; e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte, e le disposizioni della presente sezione, nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo dall'altra.

Il c.d. "pacchetto modernizzazione" entrato in vigore il 1° maggio 2004 è composto da due Regolamenti e sei comunicazioni:

- Regolamento n. 1/2003/Ce, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato²⁰¹;
- Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nella rete delle autorità garanti della concorrenza²⁰²;
- Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento)²⁰³;
- Comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio degli stati membri di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato²⁰⁴;
- Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali degli stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce²⁰⁵;

²⁰¹ Del 16 dicembre 2003, *Gazz. uff. Un. eur.* L 1, del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., testo consolidato.

²⁰² In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 43 ss., Altre Comunicazioni sono richiamate in allegato alla Comunicazione sulla rete, in quanto ancora vigenti anche nelle eventuali versioni modificate, si occupano di: nozione di mercato rilevante, accordi di minore rilevanza; intese verticali; accordi di cooperazione verticale; linee guida sugli accordi di trasferimento tecnologico e l'art. 81; linee guida sulla concorrenza e il settore delle telecomunicazioni, comunicazioni elettroniche, servizio postale e nuove infrastrutture di trasporto.

²⁰³ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 78 ss.

²⁰⁴ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 81 ss.

²⁰⁵ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 54 ss.

- Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 paragrafo 3 del Trattato²⁰⁶;
- Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce²⁰⁷;
- Regolamento n. 773/04 sui procedimenti della Commissione secondo gli artt. 81 e 82 del Trattato²⁰⁸.

Altre norme comunitarie rilevanti, cui si è in parte fatto riferimento nei precedenti paragrafi sono anche:

- Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, e protocollo n. 11²⁰⁹;
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²¹⁰;
- Libro Verde sulle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole *antitrust* dell'Ue²¹¹;
- Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato²¹²;
- Comunicazione della Commissione sulla formazione giudiziaria nell'Ue²¹³;
- Linee guida sull'imposizione delle sanzioni ex art. 23 del Regolamento n. 1/2003/Ce²¹⁴;
- Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese²¹⁵.

L'E.C.N. ha recentemente pubblicato il suo Programma modello in materia di clemenza e i risultati di un questionari relativo alla riforma delle leggi nazionali *antitrust* degli stati membri dopo il Regolamento n. 1/2003/Ce²¹⁶. La Commissione ha pubblicato il suo Rapporto annuale sulla politica della concorrenza 2006, il 25 giugno 2007²¹⁷.

²⁰⁶ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 97 ss.

²⁰⁷ In *Gazz.uff.Un.eur.* C 101, del 27 aprile 2004, p. 65 ss.

²⁰⁸ Regolamento n. 773/04/Ce, del 7 aprile 2004, in *Gazz.uff.Un.eur.* L 123, del 27 aprile 2004, p. 18 ss.

²⁰⁹ Roma, 4 novembre 1950.

²¹⁰ Proclamata a Nizza. *Gazz.uff.Un.eur.* C 364, del 18 dicembre 2000, p.1 ss.

²¹¹ COM(2005) 672 def., del 19 dicembre 2005 e allegato Documento di Lavoro della Commissione SEC(2005) n. 1732 su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>; vi si trova anche menzione dello studio che ha fatto seguito alla pubblicazione del Libro verde sulle azioni di risarcimento, confermando che i livelli di *private enforcement* con azioni di risarcimento in Europa sono *currently very low*, che l'area è contraddistinta da un *total underdevelopment* e che gli stati membri hanno approcci alla materia di *astonishing diversity*.

²¹² *Gazz.uff.Un.eur.* C 325, del 22 dicembre 2005, p. 7 ss.

²¹³ COM(2006) 356 def., del 29 giugno 2006.

²¹⁴ *Gazz.uff.Un.eur.* C 210, del 1 settembre 2006 e su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>.

²¹⁵ *Gazz.uff.Un.eur.* C 298, del 8 dicembre 2006, p. 17 ss.

²¹⁶ Il questionario è del 18 maggio 2007 e si trova sul sito della DG concorrenza, nella parte riservata all'E.C.N.

²¹⁷ COM(2007) 358 def.

Le norme italiane vigenti di maggiore interesse, in parte già richiamate, sono:

- Legge n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, del 10 ottobre 1990 e ss. modd.²¹⁸;
- Decreto del Presidente della Repubblica n. 217 del 30 aprile 1998: Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'autorità garante della concorrenza e del mercato²¹⁹;
- Legge n. 262 del 28 dicembre 2005: disposizioni per la tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari²²⁰ (in particolare artt. 20 e 21);
- Decreto Legge n. 223 del 4 luglio 2006 convertito con Legge n. 248 del 4 agosto 2006²²¹ (art. 14).

Tra i provvedimenti organizzativi adottati dall'A.g.c.m. in recente attuazione delle politiche comunitarie si segnalano:

- provvedimento n. 16015 del 12 ottobre 2006: procedure di applicazione dell'articolo 14 ter (decisioni con impegni) della Legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- provvedimento n. 16218 del 14 dicembre 2006: applicazione dell'articolo 14 bis (cautelari) della Legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- provvedimento n. 16472 del 15 febbraio 2007: Delibera sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 (clemenza) della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha pubblicato la sua Relazione annuale sul 2006 il 30 aprile 2007²²².

1.8 Ruolo della giurisprudenza.

Le sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, competente per le impugnazioni sulle decisioni della Commissione, non si sono ad oggi ancora quasi per nulla occupate *ex professo* delle novità procedurali contenute nel Regolamento n. 1/2003/Ce. Generalmente, i ricorsi depositati dopo la sua entrata in vigore non sono ancora stati decisi perché il giudice comunitario sta emanando sentenze sui procedimenti che la Commissione ha gestito prima del 2004, quindi, in applicazione del Regolamento n. 17/62Ce²²³.

²¹⁸ Gazz.uff. n. 240, del 13 ottobre 1990.

²¹⁹ Gazz.uff. n. 158, del 9 luglio 1998.

²²⁰ Gazz.uff. n. 301, S.O. n. 208, del 28 dicembre 2005 (artt. 19-22).

²²¹ Gazz.uff. n. 186, S.O. n. 183, dell'11 agosto 2006.

²²² www.agcm.it.

²²³ VOLCKER, *Developments in EC competition law in 2005: an overview*, in *Comm. Mark.Law Rev.*, 2006, p. 1412 ss., riassume alcune delle principali decisioni giurisprudenziali comunitarie in materia dell'anno 2005.

Molti dei principi fin qui enucleati dalla giurisprudenza comunitaria possono però essere tenuti fermi, per quello che è stato conservato delle norme previgenti nel Regolamento n.1 e per quello che le nuove disposizioni possono trarre come guida interpretativa dalla precedente casistica. La giurisprudenza sulla procedura *antitrust* riveste un particolare interesse ai fini di questa analisi, poiché si occupa di aspetti poco regolamentati ed i principi comunitari in materia nascono soprattutto dalla prassi applicativa.

Ad esempio, il diritto alla difesa, si è sviluppato come principio della Corte di giustizia sin dagli anni settanta, anche in assenza di specifiche previsioni normative. Il Regolamento n. 1 lo prevede succintamente all'art. 27, ma l'esperienza giurisprudenziale comunitaria è molto importante per valutare la portata di questo fondamentale diritto e di quelli ad esso collegati: il diritto ad un processo giusto²²⁴, quello al contraddittorio e ad essere sentiti, il diritto di accesso al fascicolo²²⁵, il diritto alla riservatezza della corrispondenza con l'avvocato e dei documenti, ecc. Il principio della difesa è assunto ad una tale importanza nel sistema comunitario da dover essere rispettato anche dalle norme secondarie sul procedimento a pena di nullità²²⁶. Il ruolo del denunciante, di cui si parlerà più diffusamente in seguito, e di tutti i terzi al procedimento, non è di altrettanto facile definizione, ma si è arricchito anch'esso di nuove potenzialità grazie alle interpretazioni dei giudici, soprattutto nel caso di rigetto della denuncia, anche se non è pensabile che la giurisprudenza arrivi ad assimilare pienamente i diritti del terzo a quelli delle parti, né dovrebbe farlo²²⁷. I diritti degli interessati a cui si fa particolare riferimento si riconducono a quello

²²⁴ *Due process* nella tradizione USA, mentre nel common law si è fatto strada il principio di c.d. *natural justice*, TOSATO, BELLODI, *op.cit.*, [BELLODI], p. 137 ss.; l'art. 27 *non si applica* alle decisioni procedurali, come l'ordine di esibizione documenti e indagine, o le decisioni di inizio o riapertura del procedimento. La riapertura d'ufficio o su istanza si fonda generalmente su presupposti quali: il cambiamento materiale dei fatti su cui la decisione era fondata, la violazione degli impegni, l'inesattezza o incompletezza delle informazioni che hanno fondato la decisione (art. 9 Reg. n. 1/2003/Ce).

²²⁵ Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Gazz.uff.Un.eur.* C 325, del 22 dicembre 2005, p. 7 ss.; WALBROEK, *Le régime, op. cit.*, p. 48 ss.

²²⁶ GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding companies'rights in competition and anti-dumping /anti-subsides proceedings*, The Hague, 2004, p. 412 ss.

²²⁷ Comunicazione della Commissione sulle procedure applicabili alle denunce, in *Gazz.uff.Un.eur.* C 101 del 27 aprile 2004, p. 65 ss.; FURSE, *Competition law of the EC and UK*, Oxford, 2006, p. 130 ss., *inter alia*, sul ruolo del denunciante. In particolare, non è stato esplicitato il loro potere di invocare le garanzie di riservatezza e anonimato, anche il diritto ad essere sentiti rimane molto debole, inoltre, col pacchetto modernizzazione è diventato difficile rientrare nella categoria dei denunciati formali, e ne risulta ridimensionata l'estensione giurisprudenziale che aveva inserito anche soggetti non formalmente denunciati ma titolari di particolari diritti personali.

generale che prescrive il giusto processo, nelle sue varie specificazioni individuate dalle sentenze dei giudici: 1) diritto ad essere informati dell'avvio del procedimento e degli addebiti contestati, 2) possibilità di accedere al fascicolo²²⁸ e di chiedere la segretazione di alcuni atti ed infine, 3) possibilità di difendersi ed essere sentiti, eventualmente anche in audizione orale. Questi tre momenti fondamentali garantiscono i soggetti sottoposti ad un accertamento amministrativo e ad essi è connessa strettamente la possibilità di contraddire, contestando gli atti e le risultanze dell'accertamento, eventualmente anche impugnandoli in sede giurisdizionale.

Quanto all'art. 6 della Cedu, sul giusto processo, la sua non applicabilità ai procedimenti amministrativi *antitrust* si è inizialmente fondata sulla natura non criminale delle sanzioni da questi previste. Anche il Regolamento n.1/2003/Ce, come già il precedente Regolamento n.17/62/Cee, esplicita la connotazione meramente amministrativa delle sanzioni comminate in materia *antitrust* a sostegno dell'interpretazione consolidata nella giurisprudenza comunitaria. Tuttavia, l'orientamento più recente delle giurisprudenze di Strasburgo e di Lussemburgo tende ad ammettere sempre più largamente le ragioni del diritto fondamentale di difesa nel procedimento *antitrust*, pur con una serie di distinguo applicativi che verranno approfonditi nel prossimo capitolo. L'importanza della guida giurisprudenziale, soprattutto comunitaria, risalta chiaramente se si pensi al nuovo ed allargato scenario applicativo delle norme *antitrust*, caratterizzato da enormi differenze nei diritti e nelle garanzie processuali dei vari stati dell'Unione. In mancanza di armonizzazione è sempre più utile il ricorso al minimo comune livello di protezione rappresentato dalla Convenzione dei diritti umani, rafforzato dai rimandi delle norme comunitarie²²⁹.

²²⁸ ROMANO, *op. cit.*, p. 350 ss. che riconduce il diritto di accesso al fascicolo al principio di parità delle armi, diversamente da quanto inizialmente sostenuto dalla Corte di giustizia.

²²⁹ Carta europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cit., proclamata solennemente il 7 dicembre 2000 (non inserita nei Trattati, anche se si interpreta come se lo fosse). Prevede all' art. 47 il giusto processo e le garanzie all'imputato penale, all' art. 50 il c.d. *ne bis in idem*, all' art. 7 e 17 la tutela di vita privata e proprietà. Questi diritti possono essere limitati solo per legge secondo l'art. 52. E' stata inclusa nella proposta di Trattato di una Costituzione europea. Il nuovo Trattato comunitario è stato approvato durante il Consiglio europeo informale di Lisbona il 17 e 18 ottobre 2007 e prevede l'obbligatorietà della Carta dei diritti fondamentali, con l'*opt-out* di Polonia e Gran Bretagna: Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gazz.uff.Un.eur.*, C 306, del 17 dicembre 2007, p. 1 ss. e Protocollo relativo all'art. 6 § 2 del Trattato dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ivi, p. 155. Farà seguito la ratifica dei 27 membri, per un'entrata in vigore prevista entro il giugno 2009.

In particolare, uno di questi rimandi è evidente nel considerando 37° del Regolamento n.1, che contempla anche l'ipotesi della clemenza. Tale politica, per la sua importanza strategica e per la possibilità di sconto di sanzione che rappresenta per le imprese, pone nuovi ed importanti problemi di uniformità tra i vari paesi, che lentamente si stanno dotando di propri programmi nazionali, non sempre omogenei e talvolta ancora insufficienti.

Tra i molti aspetti di attenzione per la giurisprudenza, sempre rispetto al generale diritto di difesa delle parti, si segnala anche la garanzia ad un procedimento o processo in una lingua ad esse conosciuta. Le norme comunitarie non disciplinano questo aspetto in relazione ai procedimenti nazionali, ma una qualche uniforme garanzia linguistica dovrà essere offerta nei vari punti della rete perché questa possa funzionare. Gli stati potranno essere stimolati ad adeguare le proprie norme anche da interpretazioni giurisprudenziali sempre più attente. Da questo punto di vista, i giudici dovranno concentrarsi su tutti gli aspetti tecnici del meccanismo di coordinamento: l'allocazione dei casi, i poteri di indagine, la coerenza delle decisioni.

Oltre al diritto ad un giusto processo, l'ordinamento comunitario prevede ulteriori garanzie, su cui si avrà modo di tornare a breve per valutarne la compatibilità con il *network antitrust*, tra cui il diritto a non essere processato due volte (c.d. *ne bis in idem*) previsto dal Protocollo n. 7 Cedu, all'art. 4 e quello alla protezione della vita privata e della proprietà di cui all'art. 8 Cedu e Protocollo n.1, art. 1. E'importante premettere che la Cedu può ritenersi applicabile *ratione materiae* all'*antitrust*, solo se si interpreti estensivamente il concetto di procedimento penale, come si vedrà essere già ammesso dalla giurisprudenza. Tecnicamente, poi, l'Unione e la Commissione non hanno sottoscritto la Cedu, ma come già anticipato ne hanno recepito i principi fondamentali. Tuttavia, le incertezze sull'allocazione dei procedimenti, possono creare differenze di tutela anche sotto l'aspetto del grado di adesione di ogni stato alla Cedu. In particolare, il rispetto del divieto a subire un doppio procedimento si pone anche all'interno dell'Unione, in cui sono ammessi i processi paralleli sin dalla giurisprudenza *Walt Wilhelm*. Il problema è accentuato

Anche l'art. 12 del Regolamento n.1 ammette un diverso regime di prova e di sanzione a livello nazionale e cerca di creare un meccanismo che renda ciononostante legittima la cooperazione e lo scambio di informazioni.

dal Regolamento n. 1 perché, in precedenza e nonostante fosse già possibile l'applicazione anche delle norme comunitarie *antitrust*, le autorità nazionali hanno quasi sempre applicato il solo diritto nazionale, evitando l'insorgenza di conflitti e duplicazioni reali. L'art. 4 del Protocollo n. 7 Cedu sembrerebbe escludere che i procedimenti paralleli siano compatibili con il divieto di *bis in idem*, tuttavia, la norma si riferisce solo alle duplicazioni realizzate nello stesso stato. Un ostacolo più solido è invece rappresentato dal corrispondente art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, che si applica a tutta l'area dell'Unione. Il nuovo fenomeno della rete *antitrust* sfugge quindi alle regole finora stabilite e andrà regolato in via interpretativa, tenendo presente che il Regolamento n. 1 e l'art. 50 della Carta tendono ad estendere il *ne bis in idem* ai procedimenti che applicano il diritto comunitario nel *network*, che potranno proseguire quindi parallelamente solo finché uno dei due non sia deciso²³⁰.

Per chiarire la conformità ai principi fondamentali veduti, è necessario che la giurisprudenza o il legislatore fissino degli *standard* minimi di tutela, comuni a tutto il contesto non armonizzato. Questa esigenza emerge in particolare per la protezione della riservatezza, per l'indipendenza delle autorità nonostante la preminenza della Commissione e per l'esercizio del contraddittorio delle parti riguardo alle opinioni consultive rese da membri della rete (in analogia a quanto avviene con l'Avvocato generale nel processo comunitario), tanto quando questi siano autorità amministrative requirenti-giudicanti, che nei casi in cui l'organo operi con funzioni separate.

Le questioni procedurali *antitrust* sono state oggetto di pronunce della magistratura soprattutto in sede di impugnazione. Per l'Italia, si esamineranno in particolare le pronunce del T.A.R. Lazio, del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione. Anche questa giurisprudenza fa ancora applicazione delle norme, prevalentemente nazionali, applicate prima del Regolamento n.1 e raramente i giudici nazionali hanno richiesto la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia su questi aspetti. Nel prossimo capitolo si terranno presenti sia la giurisprudenza comunitaria, che la casistica italiana di impugnazione amministrativa, operando una scelta condizionata dai fini e dai limiti di questo lavoro. L'analisi della giurisprudenza risulta essere un aspetto fondamentale per

²³⁰ WILS, *Principles*, cit., p. 78 e ss. Sottolinea che la compatibilità con il Protocollo n. 7, art. 4 non può essere limitata alla sottrazione della prima pena alla seconda.

chiarire sia i recenti orientamenti in materia di procedimento amministrativo *antitrust* (c.d. *public enforcement*), che la prassi dei giudizi di merito (c.d. *private enforcement*) di cui si tratterà nel terzo capitolo. Le decisioni su istituti nuovi o che affrontano i problemi posti dalle norme esaminate in questo primo capitolo, saranno anch'esse specificamente oggetto di analisi e di alcune sommarie riflessioni.

II. SINDACATO GIURISDIZIONALE E *PUBLIC ENFORCEMENT*

2.1 Giurisprudenza comunitaria sul *public enforcement antitrust*.

Le interpretazioni giurisprudenziali sul procedimento di *enforcement* amministrativo *antitrust* davanti alla Commissione sono state all'origine di molte delle evoluzioni normative esaminate nel precedente capitolo. I giudici comunitari hanno anche contribuito a precisare i contorni di molti degli istituti previsti già prima del regolamento n.1 e ancora in vigore²³¹. Analogamente, sono molto attese le ulteriori evoluzioni ed interpretazioni delle sentenze che verranno emanate in applicazione del regolamento soprattutto per quanto riguarda le novità che esso introduce ed i problemi irrisolti, che l'allargamento del sistema amplifica. L'analisi che segue verte soprattutto sui principali

²³¹ Per approfondimenti sulle rassegne giurisprudenziali v. VOGELAAR, *The European Competition rules, landmark cases of the European Courts and the Commission*, Bruxelles, 2007, p. 318 ss.; VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, II, Parigi, 2006, p. 1343 ss.; VAN DER WOUDE, JONES, *EC competition law handbook, 2005-2006*, Londra, 2005, p. 210 ss.

orientamenti sugli aspetti procedurali dell'*enforcement antitrust* comunitario. Gli argomenti saranno presentati suddivisi per questioni ed ordinati, tendenzialmente, in ordine cronologico secondo lo svolgimento del procedimento. A corollario di quanto già anticipato, l'esame delle decisioni sarà integrato con cenni teorici generali in materia di diritti fondamentali, politiche di deterrenza *antitrust* e clemenza, le principali tendenze evolutive che hanno recentemente interessato il sistema.

La maggior parte delle sentenze finora pubblicate dai giudici comunitari in materia *antitrust* sono state rese in applicazione del regolamento n. 17/62/Ce, perchè i procedimenti amministrativi oggetto dei ricorsi decisi erano precedenti al 2004. Tuttavia, visto che molti degli istituti procedurali non sono stati modificati dal regolamento n. 1 del 2003, la precedente giurisprudenza continua ad offrire interpretazioni valide ed utili all'analisi. Va comunque rilevato, che negli oltre quaranta anni di vigenza del regolamento n. 17/62/Ce i giudici comunitari si sono moderatamente interessati della tecnica del procedimento, dimostrando una cautela ad interpretare il funzionamento dell'attività della Commissione dovuta sia alla tendenziale esaustività delle norme, sia ad una forma di deferenza per la discrezionalità ed autonomia amministrativa e, forse, anche ad una reale omogeneità di vedute e condotta con essa. Il sistema centrale del controllo *antitrust* gestito dalla Commissione è stato quindi ampiamente legittimato dalla giurisprudenza. Sia nelle fasi iniziali del loro controllo sull'attività amministrativa *antitrust*, che più recentemente, i giudici hanno comunque sottolineato le esigenze di tutela connesse al procedimento amministrativo, pur senza arrivare mai ad assimilarlo al processo od ai suoi standard. Le sentenze che hanno interpretato aspetti procedurali sono tendenzialmente seguite da una modifica nella prassi della Commissione, che recepisce le censure, talvolta promuovendo un'evoluzione delle norme.

Come si è detto, la giurisprudenza si è ulteriormente evoluta man mano che si sono decentrati a livello nazionale molti dei procedimenti di indagine e sanzione, alterando l'iniziale sistema monolitico, le cui procedure erano più facilmente standardizzabili, anche perchè l'istituzione deputata all'applicazione della norma e quella che tale norma aveva emanato coincidevano. Quando è culminato nell'adozione del regolamento n.1/2003/Ce, il decentramento

applicativo era stato introdotto nel sistema da tempo. La nuova disciplina ha soprattutto aperto la strada ad ulteriori potenzialità interpretative del diritto procedimentale *antitrust*, anche grazie all'intervento diretto di istituzioni nazionali con sensibilità, tradizioni e sistemi procedurali molto differenti. Infatti, anche se le autorità decentrate operano sostanzialmente con modalità ricalcate su quelle comunitarie, l'applicazione diretta delle norme da parte loro comporta una costante reinterpretazione delle stesse, che si aggiunge a quella dei giudici nazionali e richiede un costante riferimento nella giurisprudenza comunitaria come parametro di riferimento. L'ampliamento della rete di controllo, come non ci si stanca di sottolineare, trasferisce sul livello locale anche molte delle incoerenze ed incertezze di quello centrale. In particolare, l'irrisolta questione della natura del procedimento davanti alla Commissione, amministrativo nella forma e quasi giudiziale negli effetti e nella sostanza, comporta naturalmente un effetto domino sugli stati membri sia laddove si ispirino al modello comunitario nello strutturare i loro sistemi nazionali di controllo (come l'Italia), ma anche semplicemente in una prospettiva di equivalenza della tutela, che non può essere tale tra, ad es. un'autorità nazionale-giurisdizione, che accerta l'illecito *antitrust* in un processo, e la Commissione europea, che lo fa coi modi ed i limiti del sistema amministrativo.

Come si è visto nel precedente capitolo, specularmente al decentramento le competenze della Commissione sono state esplicitamente ricondotte al vertice del controllo comunitario perché si occupi solo delle questioni di particolare rilevanza economica o giuridica. Inoltre, la Commissione ha un'essenziale funzione uniformatrice dell'applicazione del diritto europeo che penetra anche i procedimenti nazionali, con facoltà di intervento, allocazione, avocazione e verifica. Sotto il diverso profilo del miglioramento dell'efficacia inquirente della Commissione, con il regolamento n.1 le sono stati forniti nuovi e più potenti strumenti di inchiesta e decisione. A livello sanzionatorio l'innalzamento delle ammende, con possibili aperture in direzione penalistica, insieme al ricorso ad incentivi per le azioni civili sul modello americano, sono stati accompagnati dall'adozione di programmi di clemenza per premiare la collaborazione delle imprese nell'accertamento degli illeciti. In questa evoluzione, anche i diritti delle parti e dei terzi del procedimento amministrativo

comunitario *antitrust* assumono un ruolo diverso nell'interpretazione dei giudici, con auspicabili estensioni di un approccio processualistico in senso ampio, soprattutto in termini di tutela e garanzie. Se tale tendenza si confermerà, sarà attraverso le impugnazioni delle decisioni della Commissione che accoglieranno le nuove istanze dei ricorrenti, in particolare, davanti al Tribunale di primo grado.

Va tenuto presente che il tasso di accoglimento delle impugnazioni avverso decisioni della Commissione (ex artt. 229 e 230 del trattato) dimostra che dal punto di vista dell'annullamento della decisione o dell'accoglimento delle obiezioni in diritto, la probabilità di successo per gli appellanti è finora stata bassa²³². Ciononostante, è ancora molto alto il numero di ricorsi al Tribunale nella più ragionevole prospettiva di una riduzione della sanzione. I motivi di impugnazione che qui interessano si sono concentrati essenzialmente sulla insufficienza probatoria o sui vizi nel procedimento (in particolare, per lesioni del diritto di difesa e di accesso, o abuso dei poteri di indagine). Questa seconda categoria ha avuto un *trend* di accoglimento calante in anni recenti, anche perché la Commissione ha modificato la prassi verso una maggior correttezza procedimentale.

Molto spesso le imprese soccombenti in primo grado percorrono anche l'ulteriore impugnazione di secondo grado avanti alla Corte, con una probabilità di accoglimento estremamente bassa. Il risultato è un enorme dispendio di energie, che nella migliore delle ipotesi si giustifica con l'aspettativa di una ulteriore riduzione dell'importo della sanzione e la conferma della sostanziale correttezza del procedimento amministrativo. L'alto numero di impugnazioni sconta inoltre l'elevato tasso di litigiosità delle parti coinvolte nei procedimenti *antitrust*, quasi sempre disposte a sostenere un contenzioso anche lungo ed oneroso²³³.

Dal punto di vista dell'indagine che qui ci occupa, è opportuno considerare che la casistica giurisprudenziale rivela alcune caratteristiche di interesse generale, sulle quali ci si sofferma prima di procedere analiticamente. I giudici hanno contribuito ad interpretare le forme procedimentali intervenendo

²³² HARDING, GIBBS, *Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004*, in *Eur.law rev.*, 2005, p. 349 ss.

²³³ HARDING, GIBBS, *idem*, p.369.

in sede di impugnazione sulle decisioni della Commissione. Questa circostanza ha fatto sì che emergessero chiaramente i limiti del sistema riguardo all'interazione tra processo e procedimento, che dialogano in modo non sempre efficiente anche a livello comunitario. Se la natura amministrativa e politica di esercizio riconosciuta alla Commissione comporta la possibilità di utilizzare poteri e discrezionalità che superano i contorni del potere giurisdizionale e se il potere giurisdizionale si arresta proprio di fronte alle manifestazioni di tale natura amministrativa, necessariamente, la tutela piena dei diritti degli interessati è compressa e limitata. La parte di un procedimento *antitrust* ha, infatti, la possibilità di ottenere un contraddittorio pieno e di godere di diritti difensivi propri solo in sede di impugnazione davanti al Tribunale di primo grado. Tuttavia, laddove questo organo avalli implicitamente o esplicitamente la disparità di poteri che caratterizza il procedimento amministrativo, in particolare, limitando il proprio sindacato ai profili di eventuale illegittimità dell'atto, alla parte interessata vengono sottratti definitivamente una sede di giustizia per la sua opposizione piena ed un controllo effettivo ed imparziale sull'illecito e sul procedimento amministrativo che lo abbia o meno accertato.

Come si vedrà meglio a proposito del sistema italiano, che ha sviluppato un approfondito dibattito sui problemi del controllo giurisdizionale sull'atto amministrativo, è invece importante che, se pure non sarebbe corretto forzare le norme fino ad assumere la natura pienamente giurisdizionale dell'autorità *antitrust*, è essenziale almeno che il controllo del giudice si espanda anche al merito, per garantire alle parti un momento di processualità effettiva. Fortunatamente la giurisprudenza comunitaria è in costante evoluzione e forse anche l'introduzione delle nuove norme promuoverà ulteriori progressi interpretativi. In particolare, mentre i diritti di difesa nel procedimento vengono introdotti con la necessaria cautela, i limiti al sindacato giurisdizionale sembrano orientati, almeno nella prassi, verso una contrazione che lasci al giudice di impugnazione un maggior controllo sul merito delle valutazioni amministrative della Commissione. Questo tipo di evoluzione, da incoraggiare per ragioni di giustizia sostanziale, comporterebbe un riassetto negli equilibri istituzionali non di poco conto e dovrà essere valutata con attenzione in tutti i suoi possibili effetti, tra cui anche il ridimensionamento del ruolo della Commissione, da

sempre unica depositaria del controllo *antitrust*. Trasferire al Tribunale un sindacato pieno sull'operato della Commissione vorrebbe dire, infatti, che quella diventerebbe la sede interpretativa ed applicativa prioritaria dei divieti nel sistema comunitario di *enforcement*, effetto che per molte ragioni si è voluto finora evitare.

A parere di chi scrive, la graduale processualizzazione del procedimento per via giurisprudenziale, produce effetti pratici analoghi al pieno sindacato del giudice sul merito della violazione *antitrust*, ma rappresenta l'opzione opposta dal punto di vista concettuale. Infatti, si tratta di un'operazione completamente diversa, che interviene internamente al procedimento forzandone la natura e non in una sede sopraordinata a questo, come avviene ampliando il sindacato dell'impugnazione, ma al contrario, potenziandone i caratteri propri nel pieno rispetto della reciproca autonomia. Il motivo per cui la giurisprudenza sta intervenendo su entrambi i fronti è probabilmente quello della difficoltà di intervenire sui ruoli di Commissione e Tribunale. La situazione rende a dir poco sconsigliabile una radicale riforma in un senso o nell'altro, soprattutto inattuabile attraverso lo strumento giurisprudenziale. Per questo motivo, con gradualità, i giudici hanno man mano introdotto sia elementi di garanzia processuale all'interno del procedimento, cercando di non forzarne la natura amministrativa, sia sono intervenuti ad allargare lentamente l'ambito del proprio potere di controllo in sede di impugnazione, verso una tutela più piena per le parti. I tempi necessari ad un'ulteriore sviluppo ed i limiti sistematici che lo contrastano fanno pensare che in assenza di un intervento normativo non sarà comunque possibile a breve raggiungere l'auspicato obiettivo di dare alle parti una sede in cui poter esercitare un ruolo processuale proprio nel contrastare l'accertamento *antitrust*.

In attesa che i giudici si occupino *ex professo* delle, poche, novità procedurali introdotte dal regolamento n. 1, si tengono presenti gli orientamenti precedentemente elaborati, in gran parte ancora validi in quanto non superati da una prassi contraria. Ad esempio, per i motivi già anticipati, legati alla natura del procedimento, da tempo le parti ed i denunciati fanno largo uso di argomenti di doglianza quali: la lesione del diritto di difesa, il mancato rispetto dei doveri di informazione della Commissione, la violazione

del contraddittorio, la mancata protezione della riservatezza, od il superamento dei limiti ai poteri di indagine, desumibili dai principi generali dell'ordinamento. In particolare, le modalità di esercizio del potere inquisitorio della Commissione sono, quindi, non solo molto discusse in dottrina e ben presenti alle pratiche imprenditoriali, ma sono anche uno dei principali motivi addotti a sostegno delle impugnazioni al giudice comunitario. Gli argomenti di doglianza sul procedimento, che verranno di seguito esaminati, ruotano comunque quasi tutti intorno alle possibili compressioni del diritto di difesa nella dialettica amministrativa. Alcune contestazioni hanno carattere più marcatamente amministrativo, altre sono più simili a quelle note alle difese processuali contenziose, anche penali. La giurisprudenza si è anche occupata di delineare ruoli e poteri delle parti in sede di impugnazione e con queste pronunce si chiuderà l'analisi. Necessariamente, verranno esaminate solo alcune delle decisioni più rappresentative senza pretese di completezza.

Norme nazionali e diritto comunitario.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DELLE AUTORITÀ VIENE DISCIPLINATO SIA DA NORME NAZIONALI CHE COMUNITARIE. LA GIURISPRUDENZA SI È OCCUPATA DI CHIARIRE I RAPPORTI TRA QUESTE DISCIPLINE CONCORRENTI, NON SEMPRE ESPlicitI NEL DIRITTO POSITIVO.

Una recente e notissima decisione della Corte di giustizia si è occupata specificamente della possibilità che l'autorità garante nazionale, nel contesto di un procedimento *antitrust*, disapplichì una norma interna contraria al trattato (sentenza Corte giust., *CIF*, C-198/01, del 9 settembre 2003)²³⁴, che provoca una violazione dei divieti comunitari in materia di concorrenza. Il caso si è posto riguardo all'autorità garante italiana ed è stato sollevato in via pregiudiziale dal T.A.R. competente, per verificare la sussistenza di un potere di disapplicazione *in malam partem* dell'autorità nazionale. Precedentemente, sia l'a.g.c.m. che la Commissione si erano già espresse a favore del potere di disapplicazione, interpretazione confermata anche dalla Corte. Con l'occasione è stato quindi ribadito che il potere di disapplicazione si estende sia alle giurisdizioni, che alle autorità amministrative *antitrust* (in questo caso equivalenti). Il problema,

²³⁴ RIZZA, *The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 126 ss.; TEMPLE LANG, *National measures restricting competition and national authorities under article 10 EC*, in *Eur.law rev.*, 2004, p. 405 s. sul rapporto tra la giurisprudenza *CIF*, cit., e il Regolamento n. 1/2003/Ce.

sollevato dall'Avvocato generale, riguardava però la possibilità che l'autorità sanzionasse l'impresa per aver (già) seguito una normativa interna anticoncorrenziale ed illegittima. La Corte ha sancito l'obbligo di disapplicazione da parte dell'autorità nazionale e la sanzionabilità dell'impresa anche per i comportamenti pregressi 1) che siano stati solo "facilitati o incoraggiati" dalla normativa nazionale, o 2) "successivi alla decisione" definitiva dell'autorità che imponga la disapplicazione della normativa nazionale.

Riguardo invece alla diversa ipotesi di applicazione di norme nazionali processuali, che portino ad un giudicato contrario al diritto europeo, giova menzionare l'orientamento contrastante esistente nella giurisprudenza comunitaria recente. La decisione Corte giust., *Kapferer*, C-234/04, del 16 marzo 2006, ha stabilito il primato del giudicato nazionale, nonostante un possibile conflitto con il diritto comunitario e con il principio di cooperazione di cui all'art. 10 del trattato, mentre la sentenza Corte giust., *Lucchini*, C-119/05, del 18 luglio 2007, ha ribadito il primato del diritto e delle decisioni comunitarie anche sul giudicato nazionale, in particolare con riferimento alla disciplina dell'art. 2909 c.c. italiano²³⁵. E' evidente l'importanza di un' auspicata maggiore uniformità di orientamento su un tema tanto essenziale al funzionamento dei rapporti tra ordinamenti nazionali e comunitario.

Denunciante.

IL DENUNCIANTE E' UN TERZO PARTICOLARE, TIPICAMENTE E' UN SOGGETTO CHE AVVIA IL PROCEDIMENTO E CHE SUCCESSIVAMENTE HA INTERESSE A PARTECIPARVI O A CONTESTARNE GLI ESITI. LA CATEGORIA ED I DIRITTI DEI DENUNCIANTI SI POSSONO TRASFERIRE ANCHE IN SEDE GIUDIZIARIA DOVE VANNO RICONDOTTI ALLO SCHEMA PROCESSUALE. LA GIURISPRUDENZA SI È ORIENTATA AD UN'AMMISSIONE VIA VIA PIÙ AMPIA DEI DENUNCIANTI NELL'ACCERTAMENTO *ANTITRUST*, IN TUTTE LE SUE FASI.

La nozione di denunciante ha recentemente beneficiato dei chiarimenti contenuti nel § 37 della già citata Comunicazione sulle denunce del 2004. Per assumere il ruolo di denunciante la giurisprudenza tradizionalmente richiede di

²³⁵ La decisione *Lucchini* era stata resa in materia di aiuti C.E.C.A. e per completezza va dato atto che il 25 ottobre 2007, il Tribunale ha annullato le ammende inflitte dalla Commissione a tutti i soggetti coinvolti nei procedimenti c.d. sui tondi per cemento armato, sulla base della scadenza del trattato C.E.C.A. che non può più fondare le decisioni della Commissione v. sentenza *SP s.p.a.*, T-27/03 e altre, del 25 ottobre 2007. Sulla giurisprudenza *Lucchini* v. invece CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, n.9, p. 1189 ss. e BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass.trib.*, 2007, n. 5, p.1579 ss.

avervi un “interesse sufficiente” (sentenze Corte giust., *BMW*, 32/78, del 12 luglio 1979; *Schmidt*, 210/81, del 11 ottobre 1983). Questa categoria può includere anche le parti dell’accordo, un’ associazione di imprese (purché abbia “il diritto di rappresentare gli interessi dei suoi membri e che il comportamento denunciato sia atto a ledere i loro interessi” Trib., *Bureau européen*, T-114/92, del 24 gennaio 1995) e, talvolta, quelle dei consumatori.

La sentenza Trib., *Austrian Banks*, T-213/01 e 214/01, del 7 giugno 2006 ha riconosciuto la qualità di denunciante a un partito politico intervenuto dopo che il procedimento era iniziato d’ufficio che ha dimostrato il proprio legittimo interesse. In quella occasione il Tribunale ha distinto tre categorie di terzi isolando i denunciati (i denunciati, i terzi con un interesse sufficiente a partecipare e gli altri terzi). Tuttavia, anche all’interno della prima categoria i soggetti ammessi al ruolo di denunciante non sono sempre di facile individuazione. Le varie pronunce giurisprudenziali vi hanno incluso i terzi pregiudicati in quanto operatori del mercato, i concorrenti e i potenziali acquirenti esclusi dal bene o dal servizio a causa dell’accordo illecito. In ogni caso, i giudici hanno sempre preteso la prova dell’interesse (e pregiudizio) individuale e diretto, più spesso implicita solo nella qualità di operatore commerciale o di imprenditore presente sul mercato di riferimento.

Sulla possibilità che la nullità dell’intesa venga denunciata da parte di “chiunque”, con risarcibilità del danno patito, se si riesca a dimostrare il nesso di causalità si segnala la recente sentenza Corte giust., *Manfredi*, C-295/04, del 13 luglio 2006, che fa però ampio rinvio ad un’attuazione nazionale di tali principi. Il dibattito sulla categoria dei denunciati, ormai molto estesa, si è molto ridotto di recente, parallelamente al consolidarsi dei principi in materia di ammissibilità delle denunce. La giurisprudenza è ora più impegnata a precisare quale possa essere il ruolo del denunciante nel procedimento, qualora alla denuncia venga dato seguito. Notoriamente, infatti, i terzi non hanno diritto al contraddittorio pieno nei procedimenti in cui non siano anche passibili di sanzioni (sentenza Trib., *Matra*, T-17/93, del 15 luglio 1994). In particolare e come già anticipato nel precedente capitolo, il denunciante è tendenzialmente escluso dai documenti secretati e accede al fascicolo in misura ridotta rispetto alle parti (sentenze Corte giust., *Akzo Chemie*, 53/85, del 24 giugno 1986; *Bat*, 142/84 e 156/84, del 17 novembre 1987;

sentenze Trib., *Matra*, T-17/93, del 15 luglio 1994, conf. *Kish*, T-65/96, del 30 marzo 2000, *Verein*, T-2/03, del 13 aprile 2005).

La Commissione può motivare l'archiviazione della denuncia con l'assenza di "interesse comunitario" (sentenze Trib., *Automec (II)*, T-24/90, del 18 settembre 1992 e conf. *Trembelay*, T-5/93, del 25 gennaio 1995; *Bemim*, T-114/92, del 24 gennaio 1995, cit. e *Ladbroke*, T-548/93, del 18 settembre 1995). Comunque, il rigetto della denuncia deve essere motivato nei suoi elementi essenziali (sentenze Corte giust., *Bat*, 142 e 156/84, del 17 novembre 1987; Trib., *La Cinq*, T-44/90, del 24 gennaio 1992; *Asia Motor France*, T-7/92, del 29 giugno 1993 e conf. *Bemim*, T-114/92, del 24 gennaio 1995; *Guérin*, T-186/94, del 27 giugno 1995 e C-282/95, del 18 marzo 1997; *Camper*, T-575/93, del 9 gennaio 1993; *Asia Motor France*, T-387/94, del 18 settembre 1996; *Trembelay*, T-224/95, del 27 novembre 1997). Contro il rigetto della denuncia è pacificamente ammessa l'impugnazione del denunciante (sentenze Corte giust., *Metro*, 26/76, del 25 ottobre 1977 e *Demo-Studio*, 210/81, del 11 ottobre 1983). Per effetto dell'allargamento della sfera dei denunciati in senso ampio il Tribunale ha recentemente esteso il diritto ad impugnare il rigetto anche ad un terzo pregiudicato in modo "importante", che non aveva presentato denuncia (sentenza Trib., *UFEX*, T-60/05, del 12 settembre 2007).

In ogni caso, il denunciante non ha un diritto ad ottenere che la Commissione adotti una decisione sul merito (sentenza Corte giust., *Gema*, 125/78, del 18 ottobre 1979), salvo nel caso di sua competenza esclusiva (sentenza Trib., *Automec*, T-24/90, del 18 settembre 1992). La Commissione non è neppure tenuta a svolgere un'istruttoria (sentenza Trib., *Automec*, T-24/90, del 18 settembre 1992), o ad accertare la violazione, neanche se la ritenga effettivamente avvenuta (sentenza Trib., *Trembelay*, T-224/95, del 27 novembre 1997). Tuttavia, essa deve "esaminare con attenzione i motivi di fatto e di diritto sollevati dal denunciante" (sentenza Trib., *Rendo*, T-16/91, del 18 novembre 1992 e conf. sentenza Trib., *Asia Motor France*, T-7/92, del 29 giugno 1993, che ribadisce il potere discrezionale della Commissione anche rispetto alle valutazioni economiche).

Comunicazione degli addebiti alle parti.

AL PRIMO ATTO DEL PROCEDIMENTO SONO LEGATI MOLTI DEI REQUISITI DI REGOLARITÀ FORMALE NECESSARI PER LA CORRETTA INSTAURAZIONE DEL CONTRADDITTORIO E LO SVOLGIMENTO DELLE DIFESE IN SEDE AMMINISTRATIVA. TUTTAVIA, LA GIURISPRUDENZA ESCLUDE IN GRAN PARTE LE CONTESTAZIONI SU QUESTO ATTO DI IMPULSO PERCHÉ "MERAMENTE PREPARATORIO".

Nonostante il regolamento n. 1/2003/Ce descriva il provvedimento di avvio del procedimento come se fosse una decisione, così non è ai fini dell'impugnazione ex art. 230 del trattato che lo relega tra gli atti preparatori. La legittimità della comunicazione richiede la notifica a tutti i suoi destinatari ed il rispetto di requisiti di forma su cui si sono pronunciate numerosissime sentenze (sentenze Corte giust., *Imperial Chemical*, 48/69, del 14 luglio 1972; *Frubo*, 71/74, del 15 maggio 1975 e Trib., *CB*, T-39/92 e 40/92, del 23 febbraio 1994). La comunicazione, in particolare, è funzionale all'esercizio dei successivi diritti di difesa delle parti: accesso al fascicolo, offerta di prove e testimoni, replica scritta e audizione orale (tra le altre, sentenze Corte giust., *Hoffmann-La Roche*, 85/76, del 13 febbraio 1979; *Nederlandse*, 322/81, del 9 novembre 1983; Trib., *Limburgse (PVC I)*, T-305/94 e altre, del 20 aprile 1999 e *Hilti*, T-30/89, del 12 dicembre 1991). Sul contenuto della comunicazione si sono espresse la sentenza Corte giust., *Musique diffusion*, 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983, l'ordinanza Corte giust., *British American Tobacco*, 142/84 e 156/84, del 18 giugno 1986, la sentenza Corte giust., *Akzo Chemie*, C-62/86, del 3 luglio 1991 e la sentenza Trib., *Publishers association*, T-66/89, del 9 luglio 1992. In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo che nella comunicazione non siano indicati i criteri precisi di determinazione delle ammende e che quindi l'impresa non sappia da subito l'esatto importo della sanzione che rischia nel caso di accertamento della violazione (sentenze Corte giust., *NV Michelin*, 322/81, del 9 novembre 1983, conf. Trib., *Trefilunion*, T-148/89, del 6 aprile 1995 e *LR AF*, T-23/99, del 20 marzo 2002). Si tratta di una compromissione evidente dei diritti dell'interessato, oltre alla violazione del principio di certezza della pena, non applicabile solo perché formalmente si tratta di un procedimento, non di un processo, amministrativo e non penale. Tuttavia, è evidente che gli effetti delle sanzioni antitrust, salvo quanto si avrà modo di approfondire sugli aspetti detentivi, possono colpire e danneggiare le imprese con una forza ed un'incisività che le rendono assimilabili alle sanzioni penali.

Sempre dal punto di vista dei diritti difensivi, va segnalato anche che la giurisprudenza ha ritenuto che gli allegati alla comunicazione non costituiscano documenti per cui sia dovuta la traduzione, anche se ha ribadito il divieto per la Commissione di utilizzare come prove documenti non menzionati nella comunicazione (sentenze Corte giust., *Allgemeine*, 107/82, del 25 ottobre 1983 e *Ahlstrom*, C-89/85, del 31 marzo 1993).

Solo la comunicazione deve essere formulata, dunque, nella lingua del destinatario, ossia dello stato o della giurisdizione a cui questo appartiene. Ogni volta che la Commissione modifica le proprie allegazioni è obbligata ad inviare una nuova contestazione, mentre basta una comunicazione integrativa nel caso in cui sopravvengano nuove prove della violazione. La necessità di una seconda comunicazione sussiste, dunque soltanto, “qualora il risultato degli accertamenti induca la Commissione a porre dei fatti nuovi a carico delle imprese, o ad assumere fatti notevolmente diversi come prova delle infrazioni contestate” (sentenze Corte giust., *Farbwerke*, 56/69, del 14 luglio 1972). In termini processuali, il mutamento di fatto ha un rilievo diverso dal mutamento probatorio, anche se non è certo che le parti siano poste in grado di verificare le due ipotesi, non potendo pienamente contraddire.

Infine, i giudici richiedono la sussistenza di uno stretto rapporto tra la comunicazione degli addebiti e la decisione finale, anche se questa “non deve essere necessariamente una copia della comunicazione degli addebiti”. “La Commissione, infatti, terrà conto degli elementi emersi nel corso della procedura amministrativa sia per far cadere censure che si rivelassero infondate, sia per correggere e completare, in fatto e in diritto, gli argomenti a sostegno delle censure ch’essa intenda far valere”. Il diritto alla difesa “è rispettato allorché la decisione non pone a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle contemplate nella comunicazione degli addebiti e prende in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista” (sentenze Corte giust., *ACF*, 41/69, del 15 luglio 1970 e conf. *Hentz*, 209/78 e altre, del 29 ottobre 1980).

Esercizio e limiti ai poteri di indagine della Commissione.

IL CONTROLLO GIURISPRUDENZIALE SUI POTERI ISTRUTTORI DELLA COMMISSIONE E’ STATO MOLTO CAUTO NEGLI ANNI. IL LIMITE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA INSINDACABILE È STATO SPORADICAMENTE SUPERATO, CONSENTENDO DI APRIRE IL PROCEDIMENTO A FORME DI DIALETTICA ISTRUTTORIA QUASI-GIURISDIZIONALE.

L’orientamento costante sull’onere della prova della violazione, incombente sulla Commissione è ben rappresentato dalla sentenza Corte giust., *Aalborg*, C-204/00 P, del 7 gennaio 2004 ed è stato recepito anche dall’art. 2 del

regolamento n. 1, esaminato nel precedente capitolo. D'altro canto, la giurisprudenza ha da tempo addossato alle imprese un onere di collaborazione attiva alle indagini. Formalmente, ogni decisione che dispone accertamenti della Commissione deve essere da questa motivata (sentenze Corte giust., *National Panasonic*, 136/79, del 26 giugno 1980; *Akzo Chemie*, 5/85, del 23 settembre 1986; *Dow Benelux*, 85/87, del 17 ottobre 1989 e *Roquette*, C-94/00, del 22 ottobre 2002). Anche se il regolamento n. 17/62/Cee non prevedeva espressamente un obbligo di sottostare agli accertamenti, i giudici comunitari hanno stabilito che sia "imposto ai singoli l'obbligo di collaborare attivamente alle investigazioni, obbligo che implica che essi tengano a disposizione della Commissione tutte le informazioni riguardanti l'oggetto dell'indagine." (sentenza Trib., *Scottish football*, T-46/92, del 9 novembre 1994).

Richiesta di informazioni. Alcuni dei requisiti necessari alla richiesta di informazioni sono stati precisati per via giurisprudenziale: indicazione delle basi giuridiche, dello scopo della domanda e delle sanzioni previste per chi fornisce informazioni inesatte (sentenza Trib., *Société générale*, T-34/93, de'l 8 marzo 1995). Se la richiesta è contenuta in una decisione, questa deve indicare il termine per adempiere e le possibili sanzioni per il rifiuto (sentenze Corte giust., *National Panasonic*, 136/79, del 26 giugno 1980 e Trib., *Scottish footbal*, T-46/92, del 9 novembre 1994). La richiesta di informazioni deve tener conto dei termini di prescrizione dell'indagine (sentenza Trib., *CMA*, T-213/00, del 19 marzo 2003).

E' necessaria una richiesta specifica per tutte le informazioni, anche successive alle prime, che la Commissione voglia ottenere (sentenze Corte giust., *Orkem*, 374/87, del 18 ottobre 1989 e *Roquette*, C-94/00, del 22 ottobre 2002; Trib., *Nv Samenwerkende*, T-39/90, del 12 dicembre 1991). L'impresa deve fornire le informazioni in ordine ai fatti allegati dalla Commissione e nel rispetto dell'onere della prova incombente su di essa (sentenza Corte giust., *Tokai Carbon*, T-236/01, del 29 aprile 2004). La sentenza da ultimo citata riesamina anche l'orientamento della precedente giurisprudenza sul diritto al silenzio, inizialmente escluso nell'ambito *antitrust* comunitario (sentenza Corte giust., *Orkem*, 374/87, del 18 ottobre 1989), conseguentemente alla ritenuta inapplicabilità dell'art. 6 Cedu, ma in seguito riconosciuto pacificamente dai giudici quale diritto dell'impresa a non rispondere a domande autoincriminanti (sentenze Trib., *Mannesmannrohren*, T-112/98, del 20

febbraio 2001; Corte giust., *Aalborg*, C-204/00 P, del 7 gennaio 2004 e *Krupp*, C-73/02 P, del 14 luglio 2005).

Ispezione. La giurisprudenza ha generalmente confermato la legittimità dei poteri di ispezione contestati dalle imprese (sentenza Trib., *Minoan Lines*, T-66/99, del 2003 e ordinanza Corte giust., C-121/04, del 17 novembre 2005) e lo ha fatto anche nella recente sentenza Trib., *CB*, T-266/03, del 12 luglio 2007, che ammette ampie forzature della Commissione nella ricerca delle prove delle intese segrete, perché non ci sarebbe altro modo di provare quel tipo di infrazioni. La Commissione può ispezionare sia i luoghi dell'impresa (sentenze Corte giust., *Hoechst*, 46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989 conf. *Dow Chemicals*, 97/87 a 99/87, del 17 ottobre 1989; *Roquette*, C-94/00 del 22 ottobre 2000; sentenza Trib., *Minoan Lines*, T-66/99, del 2003), che quelli appartenenti a terzi, come previsto dal regolamento n.1 del 2003.

Durante l'ispezione l'impresa deve essere messa in condizione di far presenziare il proprio legale, ma solo se questo comporti un ritardo ragionevole all'accertamento e comunque senza che gli agenti della Commissione siano tenuti a preannunciarsi (sentenza Corte giust., *National Panasonic*, 136/79, del 26 giugno 1980). Sui problemi di compatibilità di questo strumento di indagine con gli artt. 6 e 8 della Cedu si tornerà in un paragrafo successivo, ma si anticipa che secondo alcuni interpreti la giurisprudenza sentenza Corte giust., *Roquette*, C-94/00, del 22 ottobre 2002, sembra per la prima volta mettere in discussione la compatibilità dell'art. 8 con le ispezioni *antitrust*²³⁶. Sulle considerazioni critiche della legittimità ispettiva pesa anche il limitato controllo dell'autorità giurisdizionale sulle decisioni che dispongono le ispezioni, ridotto ad una valutazione di mera legittimità e fondato sulle informazioni fornite dalla Commissione stessa, in un'ottica più di leale cooperazione, che di vigilanza (sentenza Corte giust., *Hoechst*, 46/87, del 21 settembre 1989).

Uso delle prove trasmesse da un'altra autorità. La nuova disciplina introdotta dal regolamento n. 1/2003/Ce evidenzia un nuovo elemento di possibile contestazione giudiziale, riferito allo scambio e all'uso di informazioni tra le autorità, in un contesto che potrebbe ampliare i limiti fissati dalla precedente giurisprudenza, che limitava la circolazione pur ammettendola e che qui si richiama per il suo valore ricostruttivo (sentenze *Banca Privada*, C-67/91, del 16

²³⁶ GRAY e altri, *op. cit.*, p. 23 ss.

luglio 1992 e *Otto Postbank*, C-60/92, del 10 novembre 1993). L'art. 20 recepisce normativamente l'orientamento giurisprudenziale consolidato: le informazioni "raccolte durante gli accertamenti non possono essere utilizzate per scopi diversi da quelli indicati nel mandato di accertamento o nella decisione di accertamento... Per contro, non se ne può concludere che alla Commissione è fatto divieto di avviare un procedimento d'indagine al fine di accertare l'esattezza o di completare informazioni di cui essa sia venuta incidentalmente a conoscenza durante un accertamento precedente qualora dette informazioni provino l'esistenza di comportamenti in contrasto con le norme del trattato in materia di concorrenza" (sentenza Corte giust., *Dow Benelux*, 85/87, del 17 ottobre 1989 e conf. Trib., *Limburgse (PVC I)*, T-305 e altre, del 20 aprile 1999).

Come già visto, l'art. 12 del regolamento n. 1/2003/Ce consente l'uso delle informazioni a tutti i membri del *network antitrust* (la protezione dei diritti di difesa è garantita dalla possibilità che le imprese sappiano comunque chi indaga su di loro e perchè). Fortunatamente, la prima fase di applicazione pratica del regolamento farebbe escludere che le nuove norme creino sostanziali confusioni o riallocazioni sulle competenze delle autorità, la cooperazione apparentemente funziona e che le garanzie alla riservatezza ed al segreto paiono sinora sufficienti. Naturalmente, sarebbe prematuro pronunciarsi su questo aspetto prima che lo facciano i giudici.

L'utilizzabilità delle informazioni trasmesse dalla Commissione era prevista anche in applicazione del regolamento n. 17/62/Ce, secondo la citata giurisprudenza *Banca Privada*, che pur rifiutando ancora l'idea di una piena circolazione e utilizzabilità delle prove fuori dal procedimento comunitario, riconosceva alle informazioni raccolte dalla Commissione il valore di "indizi dei quali può eventualmente tenersi conto per motivare l'instaurazione di un procedimento nazionale", escludendo che gli stati membri siano "tenuti a ignorare le informazioni che sono state loro comunicate ed a soffrire... di "amnesia acuta". L'obbligo di riservatezza, contrappeso della circolazione, veniva esteso dalla giurisprudenza citata anche alla comunicazione alle altre autorità o a terzi delle informazioni coperte da segreto d'ufficio, destinate a "rimanere nella sfera interna" dell'autorità e ad essere utilizzate soltanto "per valutare l'opportunità o meno di avviare un procedimento nazionale". Già in

altre occasioni comunque, i giudici avevano garantito alle imprese il diritto di richiedere alla Commissione di non trasmettere alle autorità nazionali documenti riservati (sentenza Corte giust., *Samenwerkende*, C-36/92P, del 19 maggio 1994). Recentemente, il Tribunale ha ribadito il diritto delle imprese a non veder pubblicata la decisione della Commissione per ragioni di riservatezza, in particolare riconoscendolo ad un'impresa menzionata come partecipante all'accordo, ma non direttamente sanzionata, e quindi priva del diritto di impugnazione (sentenza Trib., *Pergan*, T-474/04, del 12 ottobre 2007). La disciplina dello scambio di informazioni non pare esaustiva anche su alcuni altri profili importanti su cui si attende la parola della futura giurisprudenza, si tratta ad esempio del foro competente ad impugnare la decisione che prevede la trasmissione delle informazioni da un'autorità nazionale ad un'altra e ancora, del modo in cui anche la Corte di giustizia deciderà di qualificare il proprio sindacato sulle decisioni di circolazione, se di decisioni si tratta, deliberate dalla Commissione.

Diritto di difesa. “Il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento a carico di una persona, che possa concludersi con un atto per essa lesivo, costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario e deve essere garantito anche se non vi è una normativa specifica” (sentenza Corte giust., *République française*, C-301/87, del 14 febbraio 1990 e conf. *Paesi Bassi*, C-48/90 e C-66/90, del 12 febbraio 1992, e *Fiskano*, C-135/92, del 29 giugno 1994). Il concetto è stato poi esplicitamente esteso anche oltre le persone fisiche: “il rispetto dei diritti di difesa in qualsiasi procedimento in cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa...” (sentenze Corte giust., *Hoffmann-La Roche*, C-85/76, del 13 febbraio 1979 e conf. *Nederlandse*, C-322/81, del 9 novembre 1983; *Musique Diffusion*, C-100 a 103/80 del 7 giugno 1983 e Trib., *Solvay*, T-30/91, del 29 giugno 1995).

Il diritto di difesa è tutelato anche prima della fase in contraddittorio per “evitare che tali diritti vengano irrimediabilmente compromessi nell'ambito di procedure di indagine previa, fra cui, in particolare, gli accertamenti...” (sentenze Corte giust., *Hoechst*, C-46/87 e C-227/88, del 21 settembre 1989 e conf. *Dow Benelux*, C-85/87, del 17 ottobre 1989). Tuttavia, va tenuto presente che si tratta di un procedimento in cui è ammesso anche l'uso di documenti anonimi (in un

contesto come quello *antitrust* i documenti sono poi spesso soggetti a forme di segretezza) purchè le parti possono conoscerli ed esprimere il loro punto di vista su di essi (sentenza Corte giust., *Dalmine*, C-407/04 P, del 25 gennaio 2007). Quando però le parti (o i terzi) hanno lamentato una lesione del loro diritto di difesa da parte della Commissione, la giurisprudenza comunitaria, ha spesso imposto loro un onere della prova talmente gravoso, o la dimostrazione di un nesso di causalità così difficile, da limitare fortemente la possibilità di azionare tale pregiudizio nell'impugnare la decisione.

Da quanto sintetizzato emerge che il diritto di difesa è utilizzato dalla Corte di giustizia come principio generale, solo in parte sovrapponibile ai corrispondenti diritti umani, invocati molto spesso dalle imprese e cautamente accolti solo nelle più recenti argomentazioni della Corte. In particolare, in relazione ai casi di *dawn-raid* e di domande poste al personale dell'impresa dalla Commissione è stato ipotizzato un conflitto di tali atti con il diritto a non autoincriminarsi e con il rispetto delle attività private. Secondo alcuni autori la Corte di giustizia e quella dei diritti umani, su cui ci si soffermerà a breve, giungono per vie differenti a risultati simili²³⁷. Va però precisato che le decisioni di Strasburgo riguardano solo processi alle persone fisiche ed ogni estensione dei diritti umani alle persone giuridiche va rimessa caso per caso alla valutazione di una giurisprudenza ancora molto incerta. Ciononostante, il diritto ad un processo giusto è già stato espressamente esteso alle imprese dalla sentenza Corte europea dir. umani, *Dombo Beheer/Olanda*, del 1993. Appare invece già superata la limitazione delle tutele previste dalla Cedu alle sole sanzioni previste dai processi *strictu senso* penali su cui ci si soffermerà in un prossimo paragrafo.

Contraddittorio. Anche il diritto al contraddittorio è stato oggetto di numerose sentenze (sentenze Corte giust., *Akzo Chemie*, C-62/86, del 3 luglio 1991 e *Hercules*, T-7/89, del 17 dicembre 1991). La Corte europea dei diritti umani si è occupata specificamente del contraddittorio nei processi penali, ma la Corte di giustizia lo ha esteso anche ai procedimenti amministrativi, richiedendo, ad esempio, che la Commissione trasmetta alle parti i documenti fondanti l'addebito o la decisione perché queste possano esprimere la loro opinione su

²³⁷ VINCENTS, *The application of EC competition law and the European Convention on Human Rights*, in *Eur.Comp.Law Rev.*, 2006, p.693 ss.

tali atti (sentenze Corte giust., *Michelin*, C- 322/81, del 9 novembre 1981 e *Aalborg Portland*, C-219/00, del 7 gennaio 2004). In realtà, si tratta di un principio applicato fin dalla sentenza *Consten*, C-56 e 58/64, del 13 luglio 1966, che è stato recentemente trasfuso anche nell'art. 27 del regolamento n. 1/2003/Ce ed applicato nella citata sentenza Corte giust., *Aalborg*.

Come già evidenziato, il diritto ad essere sentiti e a manifestare la propria opinione sui fatti riguarda le parti, i denunciati ed i terzi che dimostrino di avervi un interesse sufficiente, oltre ai soggetti individuati dalla Commissione (sentenza Corte giust., *Ancides*, 43/85, del 9 luglio 1987). Un ulteriore aspetto della garanzia riguarda il contraddittorio della Commissione con le imprese sull'esito dell'istruttoria (sentenze Corte giust., *Hoechst*, 46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989; Trib., *Limburgse (PVC I)*, T-305/94 e altre, del 20 aprile 1999). L'esercizio di tale diritto comporta la legittimazione ad essere sentiti da delegati dei membri della Commissione (sentenza Corte giust., *Buchler*, 44/69, del 15 luglio 1970) e la possibilità di farsi rappresentare da un procuratore fornito di apposito mandato, oltre, eventualmente, ad un avvocato (sentenza Corte giust., *Badische*, 49/69, del 14 luglio 1972)²³⁸. Tuttavia, la Corte ritiene rispettato il diritto, anche se gli agenti deputati all'indagine non padroneggiano bene la lingua dell'impresa (sentenza Corte giust., *Sgl Carbon*, C-328/05 P, del 10 maggio 2007).

Applicabilità della Cedu I principi della Convenzione europea dei diritti umani sono condivisi dagli stati membri dell'Unione europea anche grazie al richiamo di cui all'art. 6, comma 2° del trattato. Lo stesso regolamento n. 1/2003/Ce richiama espressamente il rispetto dei diritti fondamentali al considerando n. 37. Tuttavia, la Cedu non è un atto comunitario (sentenze Corte giust., *Carpenter*, C-60/00; *Stauder*, 29/69 e *Nold*, 4/73), ma lo è la Carta dei diritti fondamentali, la cui applicazione è demandata dal marzo 2007 all'Agenzia europea per i diritti fondamentali di Vienna, mentre la Cedu è di applicata dal Consiglio d'Europa e dalla Corte dei diritti umani di Strasburgo. Va precisato che laddove sussiste la competenza della Corte di giustizia è esclusa quella della Corte europea dei diritti umani, che non può accertare la violazione della Convenzione da parte delle istituzioni europee. Anche se la Corte di giustizia non è vincolata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ne sta tenendo conto in

²³⁸ Sul verbale dell'audizione si rimanda alla giurisprudenza citata in MANZINI, *Antitrust applicato*, Torino, 2004, p. 334 ss.

misura sempre maggiore²³⁹ e la proposta di nuovo trattato europeo ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla Cedu e l'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nel trattato²⁴⁰.

Già oggi, però, la Cedu può essere invocata direttamente davanti alle autorità ed ai giudici europei, perché preesistente al trattato (art. 307). Come si è anticipato, il rinvio alla Cedu si inserisce quasi sempre in impugnazioni che lamentano lesioni al diritto di difesa in tutte le sue manifestazioni. Le norme invocate sono, in particolare, gli artt. 6 (giusto processo) e 8 Cedu (rispetto della vita privata), nonché l'art. 4 (rispetto della vita privata) e 47 della Carta europea (diritto a un processo giusto e a un rimedio efficace), l'art. 50 della Carta e 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu (*ne bis in idem*) e l'art. 7 della Carta europea (diritto al rispetto della vita privata e familiare). E' molto utile confrontare la giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo per cogliere come si sta evolvendo la sensibilità giuridica verso i diritti fondamentali applicati ai procedimenti di *enforcement antitrust* comunitari e quale sia lo standard di garanzie prevedibile per il prossimo futuro nel sistema europeo *antitrust*.

a) L'art. 6 Cedu Va chiarito subito che la giurisprudenza comunitaria ha sempre graniticamente escluso che la Commissione possa qualificarsi come "giudice" ai sensi dell'art. 6 Cedu, ma ne ha preteso il rispetto delle garanzie procedurali contemplate dal diritto comunitario ed in particolare del diritto di difesa (sentenze Corte giust., *Heintz-Fedetab*, C-209/78 a 215/78 e 218/78, del 29 ottobre 1980 e *SA Musique diffusion*, C-100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983). Dunque, anche i procedimenti della Commissione in materia *antitrust* potrebbero essere ricondotti alle tutele dell'art. 6 Cedu, che impone un giudice imparziale, estendendo il diritto ad un processo giusto, oltre che al penale, ai settori civile, amministrativo e disciplinare²⁴¹. Che cosa qualifichi un procedimento come

²³⁹ BLANCO, JORGENS, *EC competition procedure*, Oxford, 2006, p. 175 ss.

²⁴⁰ Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gazz.uff.Un.eur.*, C 306, del 17 dicembre 2007, p. 1 ss. e Protocollo relativo all'art. 6 § 2 del Trattato dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ivi, p. 155. La stessa riforma, esclude la tutela della concorrenza dal testo del trattato per disciplinarla solo nel Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza, ivi, p. 156. Anche se da parte degli interpreti istituzionali è vista come una modifica che non altererà il ruolo della concorrenza nell'area della tutela comunitaria, secondo altra dottrina, comporterà un ridimensionamento che potrebbe frenare la liberalizzazione di alcuni settori e re-incrementare l'intervento degli stati sul mercato, oltre a riespandere i limiti alle concentrazioni, RILEY, *The EU reform Treaty and the competition protocol: undermining EC competition law*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2007, p.707.

²⁴¹ BLANCO, JORGENS, *op.cit.*, p. 178.

“penale” ai fini C.E.D.U è un concetto autonomo definito dalla giurisprudenza di Strasburgo, con attenzione soprattutto all’effetto delle ammende o delle sanzioni irrogate. Anche se il regolamento n. 1/2003/Ce esclude la natura penale delle sanzioni *antitrust* (art. 23), questo non impedisce alla Corte europea dei diritti umani di applicare in modo elastico l’art. 6 Cedu anche ai procedimenti i) che irrogano sanzioni di rilevante impatto sul soggetto sanzionato, e ii) con finalità di deterrenza/punizione, non di compensazione del danno²⁴². Attraverso questa interpretazione elastica, nonostante la mancata adesione della Ue alla Convenzione, la Corte europea dei diritti umani ha aperto ulteriormente la strada all’estensione delle garanzie dell’art. 6 anche ai procedimenti amministrativi *antitrust*²⁴³.

La Corte di giustizia ha ritenuto di non doversi attenere alla stessa interpretazione dei diritti fondamentali al di fuori dei procedimenti penali, ma ha ammesso l’interpretazione estensiva di alcuni di tali diritti anche ai procedimenti *antitrust*, come nel caso del diritto a non autoincriminarsi (sentenze Corte giust., *Otto BV*, C-60/92, del 10 novembre 1993 e Trib., *Société generale*, T-34/93, del 8 marzo 1995) ed in quello della presunzione di innocenza (sentenze Trib., *Volkswagen*, T- 62/98; Corte giust., *Montecatini*, C-235/92, del 8 luglio 1999 e conf. Trib., *JCB*, T-67/01, del 13 gennaio 2004). Inoltre, anche se la complessità del caso può giustificare la lunghezza del procedimento *antitrust*, il Tribunale in vari casi ne ha sanzionato la durata eccessiva, richiedendo il rispetto di “un termine ragionevole da parte della Commissione nell’adozione di decisioni a conclusione di procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza” (sentenze Trib., *Sck e Fnk*, T-213/95 e T-18/96, del 22 ottobre 1997, *Limburgse (PVC I)*, T-305/94 e altre, del 20 aprile 1999; *Cimenteries*, T-25/95, del 15 marzo 2000; *Nederlandse*, T-57/00, del 16 dicembre 2003 e *JCB*, T-67/01, del 13 gennaio 2004). Inoltre, la sentenza *Guérin*, C-282/95 P, del 18 marzo 1997 ha riconosciuto il diritto a presentare un ricorso in carenza se la Commissione non concluda il procedimento in un termine ragionevole.

L’ulteriore diritto a non autoincriminarsi cui si è già fatto qualche cenno consiste nella possibilità di non fornire prove contro se stessi e, nei procedimenti penali, comprende il diritto al silenzio, ossia a non rispondere ad alcuna domanda. Il diritto è ricondotto all’art. 6 Cedu, senza che il pubblico

²⁴² *Société Stenuit/France*, 1992, 14 EHHR, 509 e *Bendenoun /France* 1994, 18 EHHR, 54.

²⁴³ GIANNAKOPOULOS, *op.cit.*, p. 416 ss.

interesse ad ottenere una prova della violazione possa prevalere su di esso. Anche se la Corte di giustizia ha escluso l'integrale applicabilità dell'art. 6 della Cedu ai procedimenti *antitrust*, perché riferiti a persone giuridiche, ha anche sancito che la Commissione non può "pregiudicare, mediante una decisione di chiedere informazioni, i diritti della difesa riconosciuti all'impresa...non può pertanto imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione" (sentenze Corte giust., *Orkem*, 374/87, del 18 ottobre 1989 e conf. Trib., *Mayr-Melnhof*, T-347/94, del 14 maggio 1998; *Limburgse (PVC I)*, T-305/94 e altre, del 20 aprile 1999; *Mannesmannrohren*, T-112/98, del 20 febbraio 2001; Corte giust., *Otto BV/Postbank*, C-60/92, del 10 novembre 1993; *Aalborg*, C-204/00 P, del 7 gennaio 2004). Infatti, l'onere della prova dei comportamenti che qualificano la partecipazione all'intesa incombe comunque sulla Commissione (sentenza Corte giust., C-57/02 P, *Acerinox*, del 14 luglio 2005).

La Corte europea ha precisato la portata del diritto a non autoincriminarsi, escludendo, da ultimo, che potesse impedire l'acquisizione di elementi fattuali indipendenti dalla volontà del soggetto e preesistenti (documenti, campioni, sostanze). Tuttavia, non ha ammesso che lo si restringesse alla sola ammissione esplicita e confessoria di fatti. L'oscillante giurisprudenza della Corte europea (*Funke/France*, del 1993 e *Saunders*, n. 19187/91, del 17 dicembre 1996) dopo aver ammesso che l'impresa potesse rifiutare anche la produzione di documenti, successivamente ha infatti ristretto l'orientamento prevedendo che non ricade nel divieto di autoincriminazione il materiale che ha un'esistenza autonoma rispetto alla volontà del dichiarante²⁴⁴. Anche se entrambi i giudici comunitari ammettono che i documenti possano essere ottenuti con la forza, solo la Corte europea esclude che possano essere usate come prove le risposte a domande ottenute extragiudizialmente, mentre la Corte di giustizia si orienta all'opposto. Certamente l'alto standard di garanzia contro l'autoincriminazione previsto dalla Corte europea si ridurrebbe di molto se venisse da questa applicato a persone giuridiche²⁴⁵. Comunque, l'impresa è protetta dall'ammettere comportamenti direttamente incriminanti, ma la

²⁴⁴ Con alcune sentenze recenti, la Corte europea sembra tornata a *Funke*. Il Tribunale di primo grado, invece, secondo alcuni autori ha già superato *Orkem* con *PVC* e *Mannesmannhoeren*, v. WILLIS, WESSING, *op. cit.*, p. 236 ss.

²⁴⁵ WILS, *Self incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World comp.*, 2003, p. 577 ss.

distinzione può essere molto sottile in materia *antitrust*, dove anche solo riconoscere di aver partecipato a una riunione può essere sufficiente a considerare provato l'accordo. Le politiche di clemenza sono invece pienamente compatibili con la Cedu, anche rispetto al diritto a non autoincriminarsi (sentenza Corte giust., *Matsa*, C-298/98, del 16 novembre 2000).

Un'ultima considerazione sistematica va fatta per segnalare che le decisioni giurisprudenziali esaminate si riferivano tutte a richieste scritte di informazioni all'impresa, mentre le nuove possibilità di audizione previste dal regolamento n. 1/2003/Ce potrebbero comportare una riespansione del diritto (proprio) al silenzio. In ogni caso, i soggetti che possono invocare tale il diritto andrebbero individuati con cautela, con esclusione dei meri dipendenti, esclusi dalle dirette conseguenze della sanzione²⁴⁶. L'audizione dei dipendenti potrebbe però diventare per la Commissione un modo di aggirare i limiti posti a tutela dell'impresa, alla quale restano sempre meno possibilità di sottrarre informazioni all'indagine (sentenza Trib., *Tokai Carbon*, T-236/01).

b) L'art. 8 Cedu Il rispetto della vita privata è stato esteso dalla Corte dei diritti umani anche ai locali d'impresa, ampliandone la portata oltre le sole persone fisiche. Parallelamente, nel sistema comunitario di *enforcement* anche i poteri della Commissione si sono rafforzati grazie all'art. 21 del regolamento n. 1/2003/Ce e la Corte di giustizia ha tollerato ampiamente l'ispezione sulle persone giuridiche. Generalmente, gli accertamenti compiuti dalla Commissione sono stati ritenuti compatibili con l'art. 8, anche se svolti da un organo non imparziale e a sorpresa (tra le altre sentenza Corte giust., *Dow Chemical Iberica*, C-97/87 e altre, del 17 ottobre 1989). Il concetto è stato ribadito anche nella decisione *Mannesmannrohren*, T-112/98, del 20 febbraio 2001, che però esclude l'esistenza di un diritto al silenzio durante gli accertamenti e ribadisce in via generale la piena compatibilità dei metodi di indagine *antitrust* con la Cedu

Il primo caso in cui un'impresa si è opposta alla Commissione allegando inutilmente la violazione dell'art. 8 è stata la sentenza *National Panasonic*, 136/79, del 26 giugno 1980, seguita dalla sentenza *Dow Benelux*, C-85/87, del 17 ottobre 1989, che si rifà espressamente alla tutela del domicilio prevista nella Cedu, dichiarata espressamente inapplicabile dalla sentenza Trib., *MayrMelnhof*, T-347/94, del 14

²⁴⁶ AMATO, EHLERMANN, *op. cit.*, [GERMONT, ANDRESEN], p. 695 ss.

maggio 1998. Tuttavia, “gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere giustificati dai motivi contemplati nella legge; questi ordinamenti prevedono pertanto, pur se con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati” (sentenze Corte giust., *Hoechst*, C-46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989 e conf. *Roquette frères*, C-94/00, del 22 ottobre 2002).

c) *Ne bis in idem*. E’ un principio codificato nel Protocollo n. 7, art. 4 della Cedu, e ripreso nell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. In estrema sintesi, si tratta di un limite, noto anche al sistema statunitense con il nome di *double jeopardy*, alla possibilità che un soggetto sia processato e, dunque, sanzionato più volte in relazione allo stesso illecito. La giurisprudenza comunitaria (sentenze Corte giust., *Limburgse*, C-238/99 e altre, del 15 ottobre 2002) lo ha recepito in relazione ai diritti fondamentali. Va tuttavia precisato che, mentre la Carta dei diritti è applicabile a tutti gli stati membri dell’Unione, il Protocollo n. 7 della Cedu è stato ad oggi ratificato solo da alcuni degli stati aderenti alla Convenzione. E’ ormai ammessa anche in dottrina l’applicabilità ai procedimenti *antitrust* della citata nozione estensiva di “procedimento penale” formulata dalla Corte europea in relazione all’art. 6 Cedu, che comprende nel divieto di *bis in idem* anche il caso in cui gli illeciti siano diversi, ma esista una parziale sovrapposizione delle fattispecie (e senza che il divieto possa essere eluso con la mera riduzione della seconda sanzione tenendo conto della prima)²⁴⁷. I vantaggi connessi all’utilizzo del *ne bis in idem* sono legati alla riduzione di eccessi punitivi, alla creazione di incentivi all’efficienza, al coordinamento degli organi accusatori e all’economicità dell’azione di controllo²⁴⁸.

L’interpretazione prevalente del principio in esame restringe la preclusione processuale ed esecutiva solo gli ulteriori illeciti perseguiti all’interno di uno stesso stato, mentre è escluso che il *ne bis* abbia valore di principio di diritto internazionale²⁴⁹. Nella giurisprudenza *Aalborg*, la Corte ha

²⁴⁷ WILS, *The principle of ne bis in idem in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World comp.*, 2003, p. 133 ss., cita la giurisprudenza Corte europea, *Franz Fischer*, del 29 maggio 2001, n.25711/94.

²⁴⁸ il divieto di procedimenti multipli costringerebbe gli organi di controllo ad un coordinamento ottimale, e favorirebbe l’armonizzazione delle leggi nazionali sulle sanzioni, aumenterebbero però i rischi di indagini arbitrarie e di forum shopping (rischio risolto armonizzando le politiche di clemenza).

²⁴⁹ PORTINCASA, *Il diritto ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario*, in *dir.Un.eur.*, 2007, p. 93 ss.; La possibilità di una doppia procedura e doppia sanzione, purché differisca lo scopo delle medesime, è sancita anche dalla sentenza Trib., *Tokai Carbon*, T-236/01, del 29 aprile 2004, che esclude l’estensione del *ne bis in idem* al di fuori dello stesso stato e ammette la doppia sanzione.

preteso che in materia *antitrust* il principio si applichi solo se sussiste identità di fatti, di autore e di bene giuridico tutelato²⁵⁰.

Rispetto ad organi diversi, come quelli della rete creata dal regolamento n. 1, il principio del *ne bis* dovrebbe applicarsi pienamente perché non sono impossibili i procedimenti paralleli, nei quali le stesse norme comunitarie si applichino davanti alla Commissione e a livello nazionale o in più stati membri²⁵¹. In un quadro di diretta applicazione decentrata delle norme comunitarie non dovrebbe più essere possibile fondare la diversità tra i procedimenti sulla diversa finalità perseguita dalle norme applicate dalle varie autorità. L'identità tra i procedimenti era invece facile da escludere tra il procedimento comunitario in applicazione degli artt. 81 e 82 e quello nazionale, in cui veniva applicata solo la norma interna²⁵². La soluzione adottata dalla giurisprudenza, ancora non messa alla prova dalla prassi applicativa del *network*, è quella di negare l'applicabilità del *ne bis in idem* nel caso di procedimenti radicati sia davanti alla Commissione che a livello nazionale, contando su una allocazione esclusiva, e comunque escludendo la riduzione della sanzione già inflitta in base ad un inesistente "*ne bis in idem* esecutivo". E' però forse possibile fare ricorso al principio di equità nel momento di riesaminare l'illecito. La dottrina ritiene comunque ammissibile che la Commissione consideri le precedenti sanzioni nel calcolo di successive ammende, ma in virtù del più corretto principio di equità²⁵³. Anche le Linee guida sul calcolo delle ammende, secondo alcuni interpreti, consentono di ammettere una tale valutazione complessiva auspicata dalle parti che spesso invocano il principio nelle loro impugnazioni²⁵⁴. A rigore, tuttavia, il *ne bis in idem* riguarda solo l'avvio di nuovi procedimenti, ma non serve per evitare nuove sanzioni,

²⁵⁰ La sentenza Corte giust., *Aalborg Portland*, C-204/00 P e altre, del 7 gennaio 2004, chiarisce le tre condizioni cui è soggetta l'applicazione del *ne bis in idem*: "identità di fatti", "unità del contravventore", "unità dell'interesse giuridico".

²⁵¹ Il rischio di doppia sanzione (nel qual caso si deve tener conto "nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori") non esclude l'ammissibilità di procedimenti paralleli con primato del diritto comunitario (sentenza Corte giust., *Walt Wilhelm*, 14/68, del 13 febbraio 1969 e sentenza Trib., *Sotralentz*, T-149/89, del 6 aprile 1995). Il principio che non si può essere imputati e condannati due volte è compatibile con i procedimenti paralleli di membri della rete, finché i procedimenti non si chiudono con almeno una sanzione.

²⁵² WILS, *The principle of ne bis*, cit., p. 144; PORTINCASA, *Il diritto ne bis*, cit., p.104 ss.; Conclusioni dell'Avv. Generale, *Italcementi*, C-213/00, del 7 gennaio 2004.

²⁵³ EILMANBERGER, THYRI, *Third country antitrust sanctions and Ec Law, comments on the advocate general's opinion in C-308/04 P, SGL Carbon v Commission*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 402.

²⁵⁴ PORTINCASA, *Il diritto ne bis*, cit., p.120 s.

anche se queste possono, forse, essere erogate “prendendo in considerazione” le precedenti.

Il principio non si applica neppure ai procedimenti pendenti in stati terzi. Nella sentenza Corte giust., *Sgl Carbon*, C-328/05 P, del 10 maggio 2007, la ha espressamente escluso il dovere della Commissione di detrarre le precedenti sanzioni irrogate in stati terzi (U.S.A) all'impresa oggetto di procedimento. Con questa pronuncia la Corte aderisce all'orientamento consolidato (sentenze Corte giust., *SGL Carbon*, C-308/04 e *Showa Denko*, C-289/04 P, entrambe del 29 giugno 2006), escludendone l'applicabilità nel caso in cui le competenze degli organi intervenuti a sanzionare siano autonome.

In particolare, la citata sentenza Corte giust., *Showa Denko*, C-289/04 P, del 29 giugno 2006²⁵⁵ aveva ribadito il “potere discrezionale particolarmente ampio” della Commissione nella determinazione delle ammende, “senza necessità di riferirsi ad un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione”. L'interpretazione si inserisce in un consolidato orientamento giurisprudenziale e lo riassume chiaramente: il *ne bis in idem* non si applica “a situazioni in cui gli ordinamenti giuridici e le autorità della concorrenza di stati terzi sono intervenuti nel contesto di competenze proprie”, inoltre, “non sussiste altro principio di diritto tale da obbligare la Commissione a tener conto delle indagini e delle sanzioni della ricorrente in Stati terzi”. Nel contesto della discrezionalità di cui gode “non può escludersi che la Commissione tenga conto di ammende anteriormente inflitte dalle autorità di stati terzi, essa non può tuttavia esservi obbligata”. Tutto questo compatibilmente con il diritto di difesa, che si applica anche ad “un procedimento di natura amministrativa”.

Accesso al fascicolo. E' disciplinato in particolare dal regolamento n. 1049/01/Ce²⁵⁶, che prevede la possibilità di negarlo solo per ragioni di protezione di interessi commerciali, del procedimento giurisdizionale, del

²⁵⁵ V. anche sentenze Corte giust., *Boehringer*, 7/72, del 14 dicembre 1972; Trib., *Limburgse (PVC I)*, T-305/94 e altre, del 20 aprile 1999; Kyowa, T-223/00, del 9 luglio 2003 che ammette la duplicità di sanzioni comunitaria e nazionale e anche in due stati diversi, compatibilmente al *ne bis in idem*, contra *Boehringer*, cit. e contro l'esistenza di un principio generale che escluda la doppia sanzione e di un obbligo particolare per la Commissione di tener conto di eventuali ammende pregresse; *Archer Daniels*, C-397/03 P, del 18 maggio 2006. Il principio non opera con gli stati terzi perché non sussiste l'identità di fatti, non è prescritto da nessun accordo o norma, non violando però i principi di proporzionalità o equità. Il dibattito resta per i casi interni alla rete.

²⁵⁶ Regolamento n. 1049/2001 Ce, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, del 30 maggio 2001, in *Gazz.uff.Un.eur.*, L 145, del 31 maggio 2001, p. 43 ss.

segreto legale, delle indagini, o dell'attività decisoria, sempre se sussiste l'interesse pubblico e la Commissione motivi il rifiuto in modo esauriente. Il diniego di accesso non comporta l'automatico annullamento della decisione, a meno che la parte non dimostri che il documento che non ha potuto esaminare è stato l'unico e fondamentale riferimento della decisione, oppure, che la difesa avrebbe tratto particolare utilità da quel documento²⁵⁷. Per precisare le modalità di esercizio del diritto, riconosciuto anche dalla Carta europea dei diritti fondamentali all'art. 41, recentemente la Commissione ha emanato una Comunicazione²⁵⁸. La giurisprudenza comunitaria si è occupata ampiamente delle modalità e dei limiti di esercizio del diritto di accesso (sentenze Corte giust., *Hoffmann-La Roche*, C-85/76, del 13 settembre 1979; *SEP*, T-39/90, del 20 giugno 1991; *Solvay*, T-30/91, del 9 giugno 1991; *Aalborg*, C-204/00, del 7 gennaio 2004; *SGL Carbon*, C-308/04 P, del 29 giugno 2006 e Trib., *Danone*, T-38/02, del 25 ottobre 2005²⁵⁹). Non è necessario che venga comunicato agli interessati l'intero fascicolo (sentenza Corte giust., *Consten*, 56/64 e 58/64, del 13 luglio 1966), il rifiuto della Commissione a trasmettere documenti ulteriori rispetto a quelli indicati anche sommariamente nella contestazione di addebiti deve essere motivato (sentenze Corte giust., *Heintz*, 209/78 e altre, del 29 ottobre 1980 e conf. *Akzo Chemie*, C-62/86, del 3 luglio 1991), non esiste un obbligo della Commissione a far conoscere alle parti il proprio fascicolo, purchè queste possano manifestare il proprio parere sui documenti rilevanti (sentenze Corte giust., *VBVB e VBBB*, 43/82 e 63/82, del 17 gennaio 1984 e conf. Trib., *Hercules*, T-7/89, del 17 dicembre 1991; *Huels*, T-9/89, del 10 marzo 1992), non esiste neppure un diritto delle imprese a ricevere comunicazione della relazione del consigliere auditore (sentenza Trib., *Petrofina*, T-27/89, del 24 ottobre 1991). Invece, la giurisprudenza riconosce alle imprese un diritto di consultazione del fascicolo della Commissione, quale garanzia della "possibilità di difendersi validamente" (sentenza Trib., *Cimenteries*, T-10/92, del 18 dicembre 1992). Il principio comunitario di parità delle armi "presuppone che in una causa di concorrenza l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione..." e sono possibili sanzioni per il ritardo della Commissione nel consentire alle parti l'accesso ad alcuni documenti

²⁵⁷ ROMANO, *op. cit.*, p. 354 ss.

²⁵⁸ In *Gazz. uff. Un. eur.*, C 325 del 22 dicembre 2005, citata nel precedente capitolo.

²⁵⁹ Su questo e altri aspetti di commento alla giurisprudenza recente, v. BLAISE, IDOT, *Concurrence, articles 81 et 82 (1 octobre – 30 juin 2006)*, in *Rev. trim. dr.eur.*, 2006, p. 485 ss.

(sentenze Corte giust., *Hoffmann-La Roche*, 85/76, del 13 febbraio 1979; *Musique diffusion*, 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983; *Hercules*, C-51/92P, del 8 luglio 1999 e Trib., *Bpb*, T-65/89, del 1 aprile 1993). Recentemente, la sentenza *Mannesmannrohren*, T-44/00, del 8 luglio 2004, ha escluso che la Commissione avesse leso il diritto di difesa dell'impresa impedendole l'accesso ad alcuni documenti (ritenuti interni anche se non indicati come tali nel proprio elenco dalla Commissione come prescrittoli dalla giurisprudenza *Cimentieres*, T-25/95 e altre, del 15 marzo 2000), non predisponendone un elenco (comunque senza effetto concreto sulle possibilità difensive dell'impresa, secondo il Tribunale) e neppure per avere utilizzato un documento secretato (ma confermato da altre prove) su cui basare la decisione. La Corte di giustizia nella sua successiva sentenza di impugnazione (C-411/04 P, del 25 gennaio 2007) ha ribadito la limitazione ai soli procedimenti penali del già esaminato diritto ad un processo giusto, ispirato alle "indicazioni" della Cedu (sentenze Corte giust., *Paesi Bassi*, C-174/98 P, del 11 gennaio 2000 e *Eurofood*, C-341/04, del 2 maggio 2006), ritenendo che, comunque, tale diritto non comporti l'inutilizzabilità di documenti segreti e non conosciuti dalle parti, se confermati da altre prove. Infine, la Corte si è limitata ad un sindacato sui "principi generali del diritto e le norme di procedura in materia di onere della prova", ribadendo la piena discrezionalità del Tribunale nell'attribuire un dato valore agli elementi probatori presenti, salvo solo il caso di snaturamento dei medesimi (sentenze Corte giust., *Deere*, C-7/95, del 28 maggio 1998; *Hilti*, C-53/92, del 2 marzo 1994, e *Aalborg*, C-204/00 e altre, del 7 gennaio 2004). Da questa analisi risulta evidente che la gestione del fascicolo sfugge ad ogni logica giurisdizionale e si trasforma in un vantaggio considerevole che la Commissione condivide con riluttanza con le sue controparti. La sovrapposizione tra la Commissione-inquirente e la Commissione-decidente contrapposta alle parti private in una dialettica sbilanciata ha in questo aspetto una delle sue più evidenti manifestazioni. E' noto infatti che solo accedendo pienamente al fascicolo della Commissione l'impresa può aspirare a quella pienezza di difesa che le sarebbe dovuta. D'altro canto, le ragioni dell'indagine vanno anch'esse considerate e salvaguardate. L'*impasse* sarebbe forse superabile separando le due competenze della Commissione che sono ora unite.

Riservatezza dei documenti e segreto. Il problema viene sollevato quasi sempre dalle imprese davanti ai giudici comunitari ed è stato oggetto di numerose pronunce (tra le altre, sentenze Corte giust., *Limburgse*, C-238/99 P e altre, del 15 ottobre 2002 e *Dow Benelux*, 85/87, del 17 ottobre 1989). Relativamente alla circolazione delle informazioni riservate, la sentenza Trib., *JCB*, T-67/01, del 13 gennaio 2004 ha stabilito che l'autorità nazionale che le riceve non le possa trasmettere, ma solo usarle come prove per iniziare un procedimento nazionale, in cui i fatti dovranno essere provati con altri mezzi (sentenza Corte giust., *Banche Spagnole*, C-67/91). Alla Commissione i giudici hanno imposto il rispetto del segreto d'ufficio, la tutela di quello commerciale (sentenze Corte giust., *Bpb*, C-310/93, del 6 aprile 1995; Trib., *Imperial Chemical*, T-36/91, del 29 giugno 1995 e *Endemol*, T-221/95, del 29 aprile 1999), nonché, la protezione dell'identità degli informatori (sentenza Corte giust., *Stanley*, 145/83, del 7 novembre 1985). Un'altra pronuncia ha invece sancito l'esclusione dei terzi dall'accesso ai segreti professionali appartenenti ad una categoria di associati (sentenza Corte giust., *Heintz*, 209/78 e altre, del 29 ottobre 1980).

Il segreto commerciale può coprire una varietà di informazioni tecniche o finanziarie sul *know how* dell'azienda, i metodi di fissazione dei costi, i segreti di produzione e di processo, i fornitori, le quantità prodotte e vendute, la quota di mercato, le liste clienti e distributori, i piani *marketing*, la struttura dei costi e dei prezzi, la strategia di vendita. Secondo la giurisprudenza i segreti commerciali sono meritevoli di "una tutela del tutto particolare" in quanto "informazioni di cui non soltanto la divulgazione al pubblico, ma anche semplicemente la trasmissione ad un soggetto di diritto diverso da quello che ha fornito l'informazione può ledere gravemente gli interessi di quest'ultimo". I giudici si sono soffermati in particolare sui rischi connessi alla diffusione del segreto al di fuori dell'azienda, sulle misure interne prese per tutelarlo, sul valore dell'informazione per l'azienda e per i concorrenti, sull'investimento sostenuto per ottenere l'informazione, sulle difficoltà di soggetti esterni a procurarsi l'informazione, sul grado di protezione di quell'informazione nelle legislazioni nazionali. Per questo e per salvaguardare tutte le informazioni riservate, la Commissione è tenuta ad approntare procedimenti "adeguati" cui sottoporre la trasmissione delle informazioni (sentenza Trib., *Postbank*, T-353/94, del 18 settembre 1996 che esemplifica alcuni dei criteri con cui si proteggono le informazioni

commerciali, un precedente sullo stesso tema era stato fornito dalla sentenza Trib., *Solvay*, T-30/91, del 29 giugno 1995).

Le principali questioni di rispetto del segreto professionale si sono invece poste riguardo alla riservatezza della corrispondenza con l'avvocato, utilizzata dalle imprese per sottrarre alla Commissione alcuni documenti. Se il documento proviene da un avvocato indipendente è pacifica l'opponibilità del segreto (sentenza Corte giust., *AM*, 155/79, del 18 maggio 1982) come ribadito anche recentemente dalla sentenza *AKZO Nobel Chemicals*, T-125/03, del 17 settembre 2007, in parziale riforma dell'ordinanza del 30 ottobre 2003 più aperta ad un'estensione che comprendesse anche il legale interno all'azienda in presenza di alcuni requisiti e se il documento potesse essere riassunto²⁶⁰. Se il beneficio del segreto viene concesso, gli ispettori non possono leggere il documento né usarlo, ma devono essere messi in condizione di accertare di cosa si tratta, che il documento è autentico e che ha un contenuto protetto. Il rispetto di tutti i requisiti può essere ottenuto sigillando in una busta il documento e rimettendo la decisione sull'esibizione al Tribunale di primo grado. Come risulta dalla giurisprudenza citata, la riservatezza della corrispondenza con l'avvocato era tutelata anche dal regolamento n.17/62/Cee, se scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente e se proveniente da avvocati indipendenti, cioè non legati al cliente da un rapporto di impiego. E' comunque possibile che anche queste comunicazioni siano rese note alla Commissione dal cliente, ritenendo di avervi interesse. Il requisito dell'indipendenza dell'avvocato si fonda sulla "concezione della funzione dell'avvocato come collaborazione all'amministrazione della giustizia e attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore della giustizia, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno". Come già anticipato, chi invochi la riservatezza per ragioni di segreto difensivo dovrà comunque fornire alla Commissione "gli elementi utili, atti a provare che tale corrispondenza soddisfa le condizioni cui è subordinata la sua tutela legale nel senso sopra definito". Comunque, la Commissione può ritenere non provata l'esigenza di riservatezza e ordinare la produzione della corrispondenza, anche

²⁶⁰ *Inter alia* WILLIS, WESSING, *op. cit.*, p. 234 ss.; la sentenza definitiva è stata emessa dal Tribunale il 17 settembre 2007 ed ha dichiarato irricevibile il ricorso della *AKZO* per non aver impugnato la decisione relativa alla riservatezza dei documenti (in parte implicita e negativa del beneficio), ma quella che disponeva l'accertamento.

sanzionando l'impresa se quanto da essa sostenuto si rivela falso (sentenza Corte giust., AM, 155/79, del 18 maggio 1982).

Adozione di provvedimenti anticipatori cautelari

TRA I POTERI DELLA COMMISSIONE, L'ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI, ORA PREVISTA ANCHE NORMATIVAMENTE, È UNO STRUMENTO CHE È STATO FORTEMENTE IMPOSTO DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.

L'uso delle misure cautelari *antitrust* è stato inizialmente prudente da parte della Commissione, che solo di recente sta cominciando a servirsene più frequentemente. La sua competenza ad adottare questi provvedimenti è ora sancita anche dal regolamento n. 1/2003/Ce all'art. 8, ma è stata la giurisprudenza ad introdurre l'istituto, con la celebre ordinanza *Camera Care*, 792/79 R, del 17 gennaio 1980. Tale pronuncia individuava chiaramente i presupposti per adottare misure cautelari anche in sede amministrativa, ossia l'urgenza, la verosimiglianza dell'infrazione degli artt. 81 e 82 e la necessità di scongiurare un danno irreparabile per il richiedente o intollerabile all'interesse pubblico.

La Comunicazione sulle denunce esclude il denunciante dal diritto di richiedere questo tipo di provvedimenti, creando una prima limitazione della categoria dei legittimati. Il regolamento n. 1/2003/Ce va oltre e a differenza della precedente giurisprudenza, condiziona la possibilità di concessione della misura cautelare all'iniziativa officiosa della Commissione, escludendo anche il diritto delle parti a richiedere ed ottenere la misura. Lo *standard* della prova necessaria sui presupposti di concessione non è fissato nella giurisprudenza *Camera Care*, ma è stato precisato nelle sentenze successive, per escludere in particolare che il *fumus* dovesse avvicinarsi troppo alla piena certezza della violazione (sentenze Trib., *Peugeot*, T-23/90, del 12 luglio 1991 e *La Cinq*, T-44/90, del 24 gennaio 1992). L'interpretazione di tale presupposto si è orientata sulla verosimiglianza o probabilità dell'infrazione ad un esame *prima facie*. La discrezionalità implicata dal parametro del *fumus* ha reso molto più rilevanti e decisivi gli altri elementi richiesti, soprattutto ai fini di una contestazione di parte: il rischio, come probabilità; il danno serio e irreparabile (per la concorrenza e

non per il concorrente secondo la lettera dell'art. 8 del Reg n.1/2003/Ce²⁶¹); l'urgenza, a volte ritenuta intrinseca nel rischio di danno irreparabile (sentenza Trib., *IMS Health*, T-184/01, del 10 agosto 2001), ma spesso utilizzata come elemento onnicomprensivo e prevalente. Anche in questa materia opera il principio di proporzionalità comunitario, per cui la misura andrà adottata se adeguata, necessaria e proporzionata in senso proprio. Tendenzialmente, sono ammesse dalla giurisprudenza le misure conservative, quelle che impediscono la prosecuzione della violazione, misure che proteggono la situazione o il mercato, anche dalla diffusione di informazioni (ord. *Camera Care*, cit.; sentenza *Automec*, T-24/90, del 18 settembre 1992). I provvedimenti sono provvisori e possono essere rinnovati.

Dal punto di vista procedimentale i diritti delle parti esaminati nei paragrafi che precedono vanno garantiti anche nella fase cautelare in quanto compatibili, come ha stabilito l'ordinanza *Camera Care* e come ribadisce l'art. 27 del regolamento n.1/2003/Ce, in particolare, con riferimento al diritto di essere sentiti. Il regolamento ha esplicitato che l'impresa che non rispetta l'ordinanza, anche cautelare è passibile di sanzione o ammenda. Le questioni che possono porsi, riguardano gli effetti della mancata adozione della misura cautelare da parte della Commissione e le possibilità di contestazione delle parti. Inoltre, se anche è la Commissione che dispone d'ufficio il provvedimento cautelare, evidentemente deve essere garantito alle parti un contraddittorio prima e dopo la sua concessione, con pieno diritto al riesame del giudice. Anche su questi profili le norme non sono complete e la natura amministrativa del procedimento non depone a favore di un'interpretazione aderente alle esigenze difensive coinvolte.

Al momento, non risulta giurisprudenza sugli aspetti procedurali di applicazione dell'art. 8, anche perché in generale sono finora stata poche le impugnazioni di ordinanze cautelari, emesse finora con parsimonia dalla Commissione per ragioni tecniche o politiche. Un loro più ampio impiego porterebbe però probabilmente ad un incremento del contenzioso, complicato

²⁶¹ L'interesse individuale è invece il presupposto più frequente nella concessione di misure cautelari da parte dei giudici comunitari, secondo NEBBIA, *The notion of urgency in interim proceedings concerning competition law: some thoughts after the Microsoft order*, in *Eur.comp.law rev.*, 2007, p. 273 ss. Da questo tipo di danno era tendenzialmente escluso quello solo economico, ma il concetto è ancora molto dibattuto; v. anche QUERZOLA, *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 279 ss.

dall'interazione con i provvedimenti cautelari nazionali, di efficacia territorialmente più limitata rispetto a quelli della Commissione²⁶². Alcune recenti vicende giurisprudenziali, su cui ci si soffermerà a breve, riguardano invece richieste di sospensione della decisione impugnata e dell'esecuzione della sanzione, vale a dire le tipiche istanze inibitorie che le parti introducono in sede di impugnazione della decisione ad esse sfavorevole.

Imputazione della violazione

NEI PROCEDIMENTI *ANTITRUST* LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE È RIVOLTA ALL'IMPRESA, CHE NEL PANORAMA ATTUALE DEL MERCATO COMUNITARIO È SPESSO CARATTERIZZATA DA UNA SOGGETTIVITÀ COMPLESSA E VARIABILE. L'INDIVIDUAZIONE DEL RESPONSABILE DELLA VIOLAZIONE CUI IMPUTARE L'EVENTUALE SANZIONE DIVENTA IN QUESTI CASI DIFFICOLTOSA.

Per precisione si ricorda che anche le imprese non europee possono essere sanzionate per le violazioni commesse nell'Unione e che le associazioni di imprese possono essere oggetto di procedimento *antitrust* purchè abbiano personalità giuridica autonoma e possano chiamare a rispondere i loro associati in caso di insolvenza (art. 23, comma 4°, del regolamento n.1). Il complesso e cruciale problema dell'imputazione della violazione e della sanzione si può brevemente sintetizzare nei suoi due aspetti principali.

Il primo è quello della plurisoggettività all'interno di gruppi-*holding*, il secondo è quello della successione temporale della titolarità di impresa, nel caso di trasformazione e cessazione della persona giuridica. Quanto al primo aspetto, tra le altre, la preliminare nozione di gruppo è stata oggetto della decisione sentenza Corte giust., *Dansk*, C-189/02 P, del 28 giugno 2005. In un gruppo "la responsabilità si divide e condivide" (sentenze Trib., *Cascades*, T-308/94, del 14 maggio 1998 e *Buchmann*, T-295/94, del 14 maggio 1998). Il criterio adottato tradizionalmente è stato quello dell'identità economica: la controllante risponde per la controllata, se questa non abbia la possibilità di decidere autonomamente le proprie politiche di mercato, ma segue le istruzioni della *holding*. La giurisprudenza ha individuato la responsabilità della filiale che segue le istruzioni di mercato della capogruppo (sentenze Trib. *Tokai Carbon*, T-71/03 e altri, del 15 giugno 2005; *Daimler Chrysler*, T-325/01, del 15 settembre 2005), ma ha ritenuto

²⁶² NORDSJO, *Regulation 1/2003: power of the Commission to adopt interim measures*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 299 ss.

possibile una sanzione autonoma per la filiale indipendente (sentenza Corte giust., *Thyssen Krupp*, C-65 e 73/02 P, del 14 luglio 2005). Il controllo dell'intero pacchetto azionario è decisivo per chiamare la *holding* a rispondere, altrimenti, serve la prova dell'influenza decisiva sulla controllata. Se l'allocazione delle responsabilità pone dei dubbi, la controllante viene comunque chiamata a rispondere in solido. A questi fini ha rilevanza anche il comportamento tenuto nel procedimento amministrativo, ossia chi e come abbia interloquito con la Commissione durante le indagini, o se ci sia confusione delle strutture e delle persone fisiche. L'ipotesi è molto complessa e porta talvolta all'annullamento delle decisioni della Commissione, laddove non sia provata l'influenza decisiva sulla controllata (da ultimo, sentenza Trib., *Akzo Nobel*, T-112/05, del 12 dicembre 2007).

Venendo al secondo profilo, è pacifico che il mero mutamento di forma giuridica non comporta l'esonero da responsabilità del nuovo soggetto (sentenze Corte giust., *Compagnie Royale*, 29/83 e 30/83, del 28 marzo 1984; *Suiker*, 40/73 e altre, del 16 dicembre 1975), in particolare, la responsabilità non si estingue per effetto della trasformazione della persona giuridica se continua l'attività rilevante. Più complicato è il caso in cui l'impresa viene acquisita o trasferita, ancor più se queste vicende colpiscono il controllo. Recentemente l'Avvocato generale della causa *Autorità garante/Ente Tabacchi italiani*, C-280/06, ha stabilito che la violazione *antitrust* vada imputata a chi l'ha commessa, anche se si tratta di un soggetto diverso da quello che gestisce l'impresa al momento della decisione amministrativa. A tale regola fanno eccezione alcune ipotesi: se fino alla decisione il nuovo gestore abbia continuato la violazione, se il primo gestore abbia cessato di esistere, se tra il nuovo ed il precedente gestore sussista un nesso strutturale, ovvero si dimostri la frodolenza del trasferimento. Dalla lettera delle conclusioni parrebbe che queste condizioni vadano intese cumulativamente. L'11 dicembre 2007 la sentenza della Corte ha confermato che la responsabilità può trasmettersi da un'entità economica ad una successiva che ne prosegua l'attività, se entrambe dipendono dalla stessa autorità pubblica e applicano le stesse direttive commerciali. La cessazione della prima impresa non estingue necessariamente la responsabilità *antitrust*, se il soggetto che ha assorbito l'impresa può essere chiamato a rispondere.

Decisione di accertamento

LA DECISIONE CHE ACCERTA LA VIOLAZIONE DEI DIVIETI ANTITRUST È IL RISULTATO DI UN PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN CUI AMPIA È LA DISCREZIONALITÀ DELLA COMMISSIONE. IL SINDACATO DEL GIUDICE SI LIMITA SU MOLTI ASPETTI AD UN CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ FORMALE. LA GIURISPRUDENZA HA FPRMULATO NEL TEMPO I CRITERI DI REGOLARITÀ DELLA DECISIONE CUI LA COMMISSIONE DEVE ATTENERSI.

Per garantire il controllo delle parti e del giudice la decisione deve essere motivata (sentenze Trib., *ASIA Motor France*, T-7/92, del 29 giugno 1993 e, *inter alia*, Corte giust., *Volkswagen*, C-338/00 P, del 18 settembre 2003), tuttavia, non deve contenere necessariamente “tutti gli aspetti di fatto e di diritto che sono stati trattati nel corso del procedimento amministrativo” (sentenze Corte giust., *Nederlandse*, 322/81, del 9 novembre 1983; *VBVB e VBBB*, 43/82 e 63/82, del 17 gennaio 1984; conf. Trib., *Fenin*, T-319/99). La motivazione della decisione deve riguardare anche la sanzione (sentenze Trib., *Trefilunion*, T-148/89, del 6 aprile 1995 e *Mayr-Melnhof*, T-347/94, del 14 maggio 1998, oltre a Corte giust., *Cascades*, C-279/98P, del 16 novembre 2000), “deve essere adeguata alla forma dell’atto e deve far apparire in forma chiara e non equivoca l’*iter* logico seguito dall’istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento e permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo” (sentenze Trib., *Industrie des Poudres*, T-5/97, del 30 novembre 2000 e *Cma Cgm*, T-213/00, del 19 marzo 2003; Corte giust., *Volkswagen*, C-338/00P, del 18 settembre 2003).

Per quanto attiene ai possibili contenuti della decisione i giudici hanno previsto sia ingiunzioni positive che negative (sentenze Trib., *Automec (II)*, T-24/90, del 18 settembre 1992 e *Aéroports*, T-128/98, del 12 dicembre 2000). La decisione di mero accertamento della violazione, se non implica una sanzione, può essere adottata anche decorso il termine di prescrizione quinquennale (sentenza Trib., *Sumitomo*, T-22/02, del 6 ottobre 2005).

La pubblicazione della decisione è obbligatoria (sentenze Trib., *Banche austriache*, T-213/01, del 7 giugno 2006 e T- 198/03 del 30 maggio 2006) tuttavia, anche la divulgazione della decisione può recare un pregiudizio all’impresa, in particolare se resa nota alla stampa (sentenza Corte giust., *Volkswagen*, C-338/00 P, del 18 settembre 2003). Secondo altra giurisprudenza, però, la validità della decisione non è inficiata dalla sua divulgazione prima di essere notificata ai destinatari (sentenza Corte giust., *Nv Iaz*, 96/82 e altre, del 8 novembre 1983).

Condanna al risarcimento

IL RISARCIMENTO DEL DANNO APPARTIENE ALL'AREA DEL *PRIVATE ENFORCEMENT* E PUÒ ESSERE CHIESTO AL GIUDICE SULLA BASE DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO DI ACCERTAMENTO, MA ANCHE IN MANIERA AUTONOMA. L'ARGOMENTO VERRÀ APPROFONDITO NEL PROSSIMO CAPITOLO.

La sentenza di riferimento è a questo proposito la notissima Corte giust., *Courage*, C-453/99, del 20 settembre 2001, che si occupa di *private enforcement* e per la prima volta sancisce il diritto ad agire in giudizio per il risarcimento dei danni patiti in conseguenza ad un comportamento illecito ex artt. 81 e 82 anche da parte di un soggetto parte del rapporto contrattuale illecito.

Accettazione degli impegni

CON L'ACCETTAZIONE DEGLI IMPEGNI, ISTITUITO INTRODOTTO DAL REGOLAMENTO N.1/2003/CE, IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO SI CHIUDE PRIMA DELL'ACCERTAMENTO. QUESTA IPOTESI PONE QUESTIONI MOLTO DELICATE DI RISPETTO DELLE GARANZIE E DELLE FORME PROCEDIMENTALI, CHE DOVRANNO ESSERE AFFRONTATE DALLA GIURISPRUDENZA FUTURA.

Le decisioni che accettano gli impegni delle imprese sono un istituto introdotto sulla falsariga dei *consent decree* americani, dai quali si differenziano per la totale assenza di riferimenti all'illecito e di sanzioni che caratterizza il sistema comunitario²⁶³. Nei primi due anni di applicazione del regolamento n. 1/2003/Ce sono state adottate solo due decisioni che hanno reso obbligatori impegni, e restano ancora irrisolti molti dei dubbi procedurali sollevati dalla nuova normativa. In particolare, la tutela per le imprese non è sempre garantita, non sono chiari gli effetti delle decisioni con impegni sui terzi, ed esistono significative limitazioni al diritto di impugnarle. Le decisioni di questo tipo presentano indubbi vantaggi di celerità ed economicità, ma non sono possibili laddove l'autorità di controllo ritenga necessaria l'imposizione di una sanzione o la fissazione di un precedente. Più in generale, le regole ed i principi stabiliti nelle decisioni con impegni non sono opponibili ai terzi: per stabilire un precedente è necessario un contraddittorio pieno estraneo al meccanismo negoziale dell'art.9²⁶⁴.

²⁶³ COOK, *Commitment decisions: the law and practice under article 9*, in *World comp.*, 2006, p. 210 ss.; SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions- unanswered questions on article 9 decisions*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 451 ss.; FURSE, *The decision to commit: some pointers from the US*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 5 ss. che sottolinea, proprio sulla base del precedente americano, la delicatezza di un sistema in cui non è prevista alcuna revisione giurisdizionale sul provvedimento.

²⁶⁴ COOK, *op.cit.*, 223 ss.

In sintesi, queste decisioni non contribuiscono a chiarire i confini tra il comportamento lecito e quello illecito²⁶⁵. Anche i parametri procedurali fissati nell'art. 9 non sono sempre di univoca interpretazione, come ad esempio la necessità che gli impegni siano proposti durante il procedimento, inteso in senso ampio, a prescindere dalla formale contestazione degli addebiti. L'art. 27 consente le osservazioni degli interessati e di solito la Commissione ne tiene conto nelle proprie decisioni, come dimostra il caso *De Beers*, impugnato vittoriosamente davanti al Tribunale dal terzo *Alrosa*. In particolare, la sentenza Trib., *Alrosa*, T-170/06, dell'11 luglio 2007, ha stabilito che in un procedimento ex art. 82 può fare ricorso alla Corte anche un soggetto terzo se abbia un interesse individuale e diretto nel provvedimento che ratifica gli impegni. Nel caso di specie è stato legittimato ad impugnare un fornitore della parte, escluso da futuri rapporti commerciali con questa, in base ad un impegno in tal senso che questa aveva sottoscritto con la Commissione per porre fine ad una situazione di possibile abuso di posizione dominante. La sentenza ha annullato la decisione che rendeva obbligatori gli impegni perché il terzo, direttamente pregiudicato dagli impegni non era stato sentito prima che questi fossero resi obbligatori dalla Commissione.

Difficilmente le autorità nazionali apriranno un procedimento contro l'impresa, imponendole una sanzione più dura di quella contenuta nell'accordo sottoscritto da questa con la Commissione, anche per evitare di decidere in conflitto con essa violando il divieto. Tuttavia, ipotesi di azioni successive agli impegni, autonomamente avviate a livello nazionale non sono escluse dalle norme. Il provvedimento che accetta gli impegni può essere eseguito dalle autorità e dai giudici nazionali e se violato è sanzionabile ex art. 23 e 24 del regolamento n.1.

I diritti di difesa, oltre che dalla possibile pretermissione della contestazione di addebiti, sono limitati dall'esclusione del diritto di accesso al fascicolo per l'impresa, dall'assenza di un'audizione orale e dalla compressione

²⁶⁵ COOK, *Commitment decisions*, cit., p. 213 ss., che cita le uniche decisioni adottate nel 2005, nel caso *Bundesliga*, COMP/C-2/37.214, del 19 gennaio 2005 e nel caso *Coca Cola*, COMP/A.39.116/B" del 22 giugno 2005, cui si sono aggiunti nel 2006: *De Beers/Alrosa*, COMP/E-2/38.381, del 22 febbraio 2006; *Premier League Football*, COMP/38.453, del 22 marzo 2006; *Repsol*, COMP/B-1/38.348, del 12 aprile 2006; sugli stessi precedenti v. anche RITTER, GOTTI TEDESCHI, *The new procedure under article 9 Regulation 1/2003. advantages and weaknesses*, in *Contr.impr.Eur.*, 2005, p. 397 ss., lamentando la nota carenza di trasparenza nel processo negoziale.

del diritto di impugnazione per questo tipo di decisioni²⁶⁶. L'esclusione del diritto delle parti ad impugnare la decisione è fondata sulla natura del provvedimento, "preliminare" rispetto alla conclusione e spesso anche all'avvio del procedimento oltre che "negoziale" nel contenuto²⁶⁷. Tale scelta si spiega anche con la volontà di rendere gli impegni appetibili per la Commissione, oltre che per l'impresa che si può trovare esposta all'alternativa tra il sopportare i tempi di un procedimento ordinario e l'impegnarsi rapidamente, ma in modo troppo gravoso sotto le pressioni dell'autorità. Inoltre, la mancanza di un controllo giurisdizionale sulla decisione, che comunque è obbligatoria ed esecutiva, crea una novità guardata con giusto timore nell'ordinamento comunitario. Si rischia in questo modo di rafforzare troppo il canale alternativo di risoluzione delle violazioni *antitrust* proprio mentre si sta lavorando per incrementare deterrenza e aspetti di *enforcement* rigoroso. Non si può parlare di una vera contrattualizzazione dell'*antitrust*, anche se l'idea di un negoziato in cui l'impresa si muove "alla cieca" nel fare proposte e l'autorità di controllo accetta queste proposte, senza porsi il problema di un effettivo conflitto con la norma (che non può verificare) lascia non poche perplessità. Di fatto, per questa via si aggira l'accertamento, la norma e la sanzione, con un accordo tra controllante e controllato che può diventare un condono troppo conveniente o uno strumento di strategia, senza che il diritto abbia in tutto il meccanismo nessun ruolo obiettivo, ma resti sullo sfondo essendo, di fatto, preclusa anche l'impugnazione.

Un altro limite dell'istituto è rappresentato dalla circostanza che i terzi non possono utilizzare la decisione come prova della violazione nelle azioni di risarcimento del danno, ma devono trovare altre prove o avviare un accertamento²⁶⁸. In questo modo i terzi sono privati di uno strumento importante e talvolta insostituibile per ottenere il risarcimento. Però, possono impugnare la

²⁶⁶ COOK, *op.cit.*, 219 ss.

²⁶⁷ WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation n. 1/2003*, *World comp.*, 2006, p. 363 ss., cita la sentenza Corte giust., *IBM*, 60/81, del 11 novembre 1981, in analogia agli impegni possibili prima dell'art. 9 regolamento n.1, analogia non scontata. L'a. ipotizza di poter stabilire sanzioni nonostante il divieto del considerando n. 13 del Regolamento n.1, utilizzando l'art.7 del medesimo regolamento, in combinazione con le riduzioni di sanzione e le immunità previste nelle regole di clemenza.

²⁶⁸ TODD, *Competition law enforcement, to commit or not to commit*, in *Comp.law ins.*, 2005, p. 10 ss.

decisione che accetta gli impegni equiparandola ad un rifiuto di dare corso alla denuncia, anche se non hanno formalmente assunto la veste di denuncianti.

Sanzioni

LA SANZIONE È DECISA DISCREZIONALMENTE DALLA COMMISSIONE SULLA BASE DI ORIENTAMENTI E CRITERI DEROGABILI CHE ESSA STESSA PERIODICAMENTE RIELABORA. OGNI IMPUGNAZIONE HA PER OGGETTO LA RICHIESTA DI RIDUZIONE O ANNULLAMENTO DELLA SANZIONE, MATERIA SULLA QUALE IL SINDACATO GIURISDIZIONALE È PIENO. LA GIURISPRUDENZA TENDENZIALMENTE ACCOGLIE, ALMENO IN PARTE, LE RICHIESTE DI RIDUZIONE DELLA SANZIONE.

Come già accennato, il sistema di sanzioni pubbliche si affianca e si cumula a quello privato del risarcimento civile, sul quale si tornerà nel prossimo capitolo, per garantire una deterrenza quanto più efficace possibile sui divieti *antitrust*²⁶⁹. La credibilità degli stessi divieti si fonda quindi sulla minaccia di una sanzione nel caso di violazione. Perché lo schema funzioni è necessario che ci siano buone probabilità di scoprire e punire il trasgressore, ma in materia *antitrust* la ricerca delle prove è un'attività molto dispendiosa. L'uso della forza o la minaccia di sanzioni e risarcimenti, in ultima analisi, sono l'opzione più costosa e rischiosa per innescare il meccanismo repressivo. Perciò, vengono utilmente completate dallo strumento premiale della clemenza, molto più economico e attendibile, che promuove la collaborazione dell'impresa. L'effetto positivo consiste sia nella rilevanza delle informazioni ottenute, che nella deterrenza generale, in stretto rapporto con il tipo di violazione. Per sfruttare queste caratteristiche si è legata la clemenza alle intese segrete multilaterali e non ad altre ipotesi²⁷⁰. L'equilibrio del sistema di controllo richiede che tutte e tre le forme di intervento siano presenti. La cooperazione clemenziaria, in particolare, diventa appetibile per l'impresa solo se vantaggiosa rispetto al

²⁶⁹ SCHWARZE, *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n.1/2003 Ce à la lumière des principes généraux du droit*, in *Rev.trim.droit.eur.*, 2007, p., 3 ss. conferma la prassi di incremento delle sanzioni in corso dal 2001 e segnala l'orientamento della Corte di decidere solo sulle impugnazioni che non riguardano esclusivamente la sanzione, che però può essere ridotta dal giudice se il procedimento non ha rispettato la durata ragionevole, ma che spesso viene comunque ridotta in sede giurisdizionale. L'a. segnala anche l'importanza del rispetto delle garanzie penali applicate al procedimento *antitrust* e richiamate anche dal considerando n. 37 del Regolamento n. 1/2003; WILS, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, in *World comp.*, 2006, p. 189 ss. sul ruolo della sanzione nel sistema di controllo *antitrust*; HENRY, *Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen*, in *Cah.droit eur.*, 2006, p. 45 ss., esamina la giurisprudenza 1998-2004; WIND, *Remedies and sanctions in article 82 of the EC Treaty*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 659 e ss. sul quadro di rimedi, sanzioni e clemenza rapportato al *private enforcement*.

²⁷⁰ WILS, *Self-incrimination*, cit., p.586 ss.

pregiudizio di una sanzione certa e severa e solo se non c'è il rischio che dalle informazioni fornite nascano richieste di risarcimento civile. Il potenziamento del *private enforcement*, se arrivasse a prevedere anche forme di azione fondate su quanto emerso dalle pratiche di clemenza, entrerebbe quindi in conflitto con un elemento fondamentale dell'attuale sistema di deterrenza.

Per quanto riguarda la giurisprudenza in materia di sanzioni, il potere della Commissione nella determinazione degli importi è discrezionale (sentenze Trib., *Martinelli*, T-150/89, e conf. *Musique Diffusion*, 100 a 103/80) ed il legittimo affidamento delle imprese alla conoscenza delle sanzioni di cui sono passibili è tutelato solo dalle Comunicazioni periodicamente emanate dalla Commissione stessa (sentenza Trib., *LR AF* 1998, T-23/99, del 20 marzo 2002), che ha però la facoltà di aumentare le sanzioni per “considerazioni generali di politica delle ammende” (sentenza Trib., *Cheil*, T-220/00, del 9 luglio 2003)²⁷¹. In generale, sulla totale discrezionalità della Commissione nel calcolo delle ammende, elemento di non poca incertezza e delicatezza, è tornata, ma solo per ribadirla respingendo l'impugnazione della decisione del Tribunale, anche la sentenza Corte giust., *Britannia Alloys*, C-76/06 P, del 7 giugno 2007. Si tratta di un dato, per quanto confliggente con i principi di certezza della pena di importazione penalistica, pienamente consolidato, che costituisce uno dei più tipici retaggi amministrativi del procedimento *antitrust*. La natura non penale delle ammende *antitrust* era stata già esplicitata dalla sentenza Trib., *Tetra Pak*, T-83/91, del 6 ottobre 1994, sulla base del regolamento n. 17/62/Cee, in particolare, per escludere il diritto al contraddittorio dell'impresa sulla determinazione del suo ammontare.

Le condizioni per infliggere l'ammenda precisate in giurisprudenza prevedono che la Commissione non debba fissare con precisione la sanzione già nella comunicazione di addebiti (sentenza Corte giust., *Showa Denko*, C-289/02 P, del 29 giugno 2006), soprattutto dopo il nuovo vigore portato al profilo discrezionale portato dalla sentenza *BASF*, del 15 marzo 2006, T- 15/02, in cui solo al momento della decisione, dichiarata valida, era stata prevista la divisione delle sanzioni sui vari mercati. Tra le moltissime sentenze in materia si tralasciano quelle sui criteri di calcolo della sanzione, tra cui si segnalano, a mero titolo esemplificativo Trib. *Tokai Carbon*, T-236/01, del 29 aprile 2004, che sottolinea l'importanza di considerare

²⁷¹ Sui parametri della gravità e durata, nonché su altri aspetti interpretativi in materia di sanzioni, tra cui la cooperazione dell'impresa, si rinvia alla rassegna di decisioni in MANZINI, *op. cit.*, p. 390 ss.

le condizioni economiche dell'impresa nel determinare la sanzione, mentre *Union Pigments*, T-62/02, del 29 novembre 2005 ha affrontato il tema della graduazione della sanzione rispetto ai vari partecipanti all'intesa. Secondo la giurisprudenza la Commissione può sanzionare anche una violazione cessata (sentenza Corte giust., *ACF Chemiefarma*, 41/69, del 15 luglio 1970), ma la sanzione non è retroattiva (sentenza Trib., *LR AF 1998*, T-23/99, del 20 marzo 2002).

Il regime della prescrizione in materia di ammende ha recentemente originato un dibattito relativo alle decisioni della Commissione sulle violazioni continuative, alle quali si applica la prescrizione quinquennale per la sanzione, ma non per l'azione²⁷². Se la Commissione non rispetta il termine di prescrizione per eseguire la l'ammenda è passibile di annullamento della decisione (Trib., *Ferrerie Nord*, T-153/04, del 27 settembre 2006). Nel recente caso *Microsoft* (sentenza Trib., T-201/04, del 17 settembre 2007), invece, la sospensione dell'esecuzione forzata ha portato all'erogazione di ammende per il mancato adempimento della decisione, poi in parte riformata dal Tribunale quanto alle modalità di esecuzione. Il 27 febbraio 2008 la Commissione ha però adottato una nuova decisione, comminando a Microsoft una penalità di mora, per la mancata esecuzione della precedente condanna²⁷³.

Interessante è anche l'interpretazione data dai giudici al comportamento di dissociazione dall'intesa vietata nel momento della determinazione della sanzione (sentenza Trib., *Union Pigments*, T-62/02, del 29 novembre 2005). La partecipazione all'intesa non può essere disconosciuta dall'impresa che l'abbia ammessa in una richiesta di clemenza, ma se la decisione della Commissione aggiunge qualcosa all'ammissione spontanea, ad es. specifica quale ruolo fosse da attribuire all'impresa (capofila o altro), su questo elemento è ammessa la contestazione (sentenza Corte giust., *Tokai Carbon*, cit.).

Sanzioni penali *antitrust*

BREVI CENNI SUL DIBATTITO DOTTRINALE RELATIVO ALL'OPPORTUNITÀ DI INTRODURRE NEL SISTEMA DI *PUBLIC ENFORCEMENT* SANZIONI DI TIPO PENALE PER RAFFORZARE LA DETERRENZA *ANTITRUST*.

²⁷² VELJIANOVSKI, *Penalties for price fixers: an analysis of fines imposed on 39 cartels by the EU Commission*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 512 s., critica la prassi attuale di collaborare e impugnare le decisioni della Commissione, come strategia con cui le imprese riescono a minimizzare l'impatto delle ammende, dubitando della loro efficacia deterrente.

²⁷³ IP/08/318 del 27 febbraio 2008, che richiama la decisione IP/04/382 con cui era stata comminata la prima sanzione.

E'già stato evidenziato ampiamente che le sanzioni *antitrust* non hanno natura penale ai sensi dell'art. 23, comma 5° del regolamento n.1 /2003, salvo l'interpretazione che ne ha dato la Corte europea dei diritti umani²⁷⁴. Il regolamento n.1, pur non percorrendola a livello comunitario, lascia aperta l'opzione penale per gli stati membri²⁷⁵, opzione che infatti è stata colta da Estonia, Irlanda e Regno Unito²⁷⁶. La disomogeneità delle sanzioni nella rete europea *antitrust* propone elementi di dibattito, anche se le norme comunitarie non impongono uniformità su questo aspetto e l'art. 12 del regolamento risolve in gran parte i problemi di circolazione delle informazioni, come si è visto nel capitolo precedente. Tuttavia è certo che l'armonizzazione sanzionatoria aumenterebbe l'efficacia del controllo, in piena compatibilità con l'art. 83 del trattato²⁷⁷. Comunque, poiché in alcuni stati europei le sanzioni nazionali *antitrust* sono penali sull'esempio statunitense, non mancano gli autori che suggeriscono un'evoluzione in quella direzione anche a livello comunitario²⁷⁸.

Le norme *antitrust* finora sono state applicate solo alle persone giuridiche, non richiedendo il dolo come elemento di punibilità. Tuttavia, indizi di una tendenza penalistica sono ravvisati da parte della dottrina nell'aumento dei poteri di indagine della Commissione, insieme allo sviluppo delle garanzie procedurali per le imprese, e nell'introduzione di programmi di clemenza mutuati anch'essi dal sistema statunitense²⁷⁹. Tuttavia, alcuni stati europei

²⁷⁴ WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in *World comp.*, 2005, p. 120 ss. riporta l'evoluzione estensiva nelle interpretazioni della Corte europea dei diritti umani in relazione alla nozione di procedimento penale, riportandosi anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia. L'autore ravvisa anche nella Corte europea una duplice distinzione tra i procedimenti penali in senso ampio (che comprendono quelli amministrativi soggetti a revisione giurisdizionale) e quelli, tradizionalmente, in penali senso proprio, per i quali le garanzie richieste dalla Corte non possono subire deroghe.

²⁷⁵ CSERSES, SCHINCKEL, VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement*, Cheltenham, 2006, p. 15.

²⁷⁶ PERRIN, *Challenges facing the EU network of competition authorities: insight from a comparative criminal law perspective*, in *Eur.law rev.*, 2006, p. 552 ss. cita i dati di Cooke riportandone le tabelle, da cui risulta che tra i membri del *network*, nell'Unione pre-allargamento, sanzioni penali erano previste a Cipro, in Estonia, in Germania, Irlanda, Slovacchia e Regno Unito. Teoricamente è possibile una qualche forma di sanzione detentiva anche in Francia, e in alcuni casi questa possibilità esiste anche in Grecia, Danimarca, Malta, Danimarca e Austria. L'a. pone poi l'ulteriore problema del foro in cui impugnare la decisione che dispone lo scambio di informazioni tra i membri della rete, in carenza di norme al riguardo.

²⁷⁷ Non è altrettanto pacifico che sarebbe possibile realizzare l'armonizzazione anche sulla base del proposto trattato costituzionale, secondo WILS, *Is criminalization*, cit., p. 152 ss. Le funzioni di indagine e decisione sono state separate nell'autorità nazionale di Francia, Spagna, Belgio, Svezia e Finlandia, anche se le sanzioni adottate rimangono amministrative.

²⁷⁸ MACNEIL, *Criminal investigations in competition law*, in *Eur.comp.law rev.*, 2003, p. 151 ss., e NAZZINI, *Criminalisation of cartels and concurrent proceedings*, in *Eur.comp.law rev.*, 2003, p. 483 ss., entrambi sul caso inglese.

²⁷⁹ WILS, *Is criminalization*, cit., p. 127 ss.

hanno seguito un inverso percorso di depenalizzazione, tra questi Francia, Olanda, Austria e Lussemburgo, probabilmente per motivi di evoluzione storica dell'ordinamento, o perchè il precedente sistema penale è parso superato²⁸⁰. Ciononostante, alcuni di questi stati hanno comunque optato per politiche di clemenza che si inseriscono in una dialettica "penalistica" con le imprese.

Il diritto penale dà la possibilità di restringere la libertà personale, richiede un elemento soggettivo tendenzialmente superiore alla negligenza, ha un effetto stigmatizzante a livello sociale, utilizza un procedimento in cui sono rafforzati i poteri investigativi e le garanzie difensive, anche in relazione all'onere della prova, particolarmente pesante per l'accusa, che è separata dall'organo decidente. Queste caratteristiche interagiscono tutte tra loro. Le autorità amministrative non potrebbero comunque erogare sanzioni penali, riservate alle giurisdizioni.

A favore dell'opzione penalistica militano soprattutto considerazioni di deterrenza, legate alla possibilità di punire anche personalmente gli amministratori e i *manager* dell'impresa con sanzioni detentive²⁸¹. Per garantire una deterrenza equivalente si dovrebbero prevedere sanzioni pecuniarie talmente alte da non essere economicamente sostenibili dal sistema. Altri problemi derivano dal fatto che l'attuale *corporate governance* non prevede forme di responsabilità degli organi dell'impresa per le violazioni *antitrust* e non offre quindi alcun appiglio alla deterrenza. E' difficilmente contestabile che solo la detenzione può responsabilizzare le persone per la violazione commessa, può contribuire allo sviluppo dei programmi di clemenza e lanciare un segnale morale preciso alla società. Questo tipo di sanzioni è soprattutto adatto ad alcuni tipi di violazioni *antitrust*, in particolare per le intese segrete *hard – core*.

Perché il sistema si sviluppi e funzioni al meglio deve essere però predisposto un organo specializzato di indagine e accusa pubblica, cui siano forniti poteri sufficienti per la sua attività e che abbia natura giurisdizionale. L'organo decidente deve essere disposto ad usare largamente la detenzione e deve esistere un ampio consenso sociale e politico, mentre per le violazioni non *hard-core* devono essere previste sanzioni alternative. Il problema del

²⁸⁰ WILS, *Is criminalization*, cit., p. 133 ss.

²⁸¹ CSERSES, SCHINCKEL, VOGELAAR, *Criminalization*, cit., p. 2 ss., sottolineano l'insufficienza delle azioni risarcitorie europee a sopperire alle carenze di deterrenza.

sovraffollamento carcerario che riguarda tutta l'Unione, pone ulteriormente in guardia sulla praticabilità in concreto di una sterzata penalistica²⁸². In Italia, poi, si rischierebbe di scaricare sul sistema penale un'ulteriore complicazione, chiamandolo ad interagire con il livello amministrativo, con la giurisdizione civile e con quella amministrativa.

Clemenza

LE POLITICHE DI CLEMENZA INTERVENGONO SUL MECCANISMO SANZIONATORIO E SULL'ACCERTAMENTO, OFFRENDO POSSIBILI VANTAGGI SIA PER L'IMPRESA CHE PER L'AUTORITÀ AMMINISTRATIVA. L'INTERFERENZA CON LE NORMALI REGOLE PROCEDIMENTALI VA PERÒ VALUTATA ATTENTAMENTE, ANCHE ALLA LUCE DELLE ESPERIENZE EXTRACOMUNITARIE PIÙ AVANZATE.

La disciplina comunitaria di riferimento è contenuta nella "Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese"²⁸³. Il meccanismo, esistente dal 1996 nella Comunità europea, consiste essenzialmente nell'offerta di uno sconto o della totale esenzione dalla sanzione per l'impresa che denuncia l'intesa segreta nel rispetto di determinati presupposti (essenzialmente relativi alla qualità della collaborazione ed alla sua tempistica). Sin dal 2002 il programma di clemenza comunitario ha previsto l'immunità dalla sanzione per la prima impresa che fornisca elementi qualificati per accertare la condotta collusiva (c.d. principio *first in the door*). Le eventuali successive imprese richiedenti ottengono solo riduzioni della sanzione. Vale quindi il doppio criterio cronologico e qualitativo. Si premia in questo modo il *whistle-blower* che per primo si dissocia dalla pratica vietata, fornendo prove utili e nuove. L'ammissione dell'illecito che fonda la richiesta non configge con il già citato diritto fondamentale al silenzio (sentenza *Acerinox*, C-57/02 P, del 14 luglio 2005 e *Thyssen Krupp*, C-65/02 P, cit.), tuttavia, l'iniziale necessità che la Commissione ricevesse per iscritto la conferma del ruolo assunto dall'impresa nell'accordo creava non

²⁸² ROSOCHOWICZ, *The appropriateness of criminal sanctions in the enforcement of competition law*, in *Eur.comp. law rev.*, 2004, p. 756 s.

²⁸³ Comunicazione sull'immunità dalle sanzioni e riduzione delle sanzioni nei casi di intese, in *Gazz.uff. Un. eur.*, C 298, del 2006, p. 17 ss., tra i requisiti in particolare, collaborazione sincera e piena, tempestiva e continuativa, con piena cessazione della violazione da parte dell'impresa richiedente clemenza, salvo il caso in cui la prosecuzione della partecipazione all'intesa sia ritenuta utile dalla Commissione. La riduzione, diversamente dall'immunità, si fonda sull'importanza delle prove fornite alla Commissione, anche successivamente alla prima impresa. Le principali innovazioni del 2006 mirano a chiarire la soglia dell'immunità rispetto alle informazioni offerte e il dovere di cooperazione.

pochi imbarazzi, che hanno portato ad introdurre nella prassi le richieste di clemenza orali, che evitano la redazione di documenti incriminanti²⁸⁴.

Le Linee guida sui programmi di clemenza hanno sempre lasciato liberi gli stati di adottare (o meno) autonomi programmi nazionali, anche disomogenei tra loro. In questo modo, però, le imprese non hanno riferimenti per scegliere la sede più opportuna dove proporre la richiesta di clemenza e sono soggette al rischio che le informazioni fornite con la richiesta circolino, in maniera probabilmente automatica e obbligatoria, salvo i limiti posti dalla Comunicazione, fino magari a consentire a qualche autorità di radicare un procedimento sanzionatorio nei loro confronti²⁸⁵. I limiti alla trasmissione e all'uso delle informazioni sono stati ricercati dalla Commissione con ancor più determinazione che nel caso dell'ordinaria circolazione di informazioni indizianti, come dimostra anche la lettera dell'art. 12 del regolamento n.1²⁸⁶. La strategia consiglia all'impresa di rivelare l'accordo alla Commissione per prima, richiedendo la clemenza in tutte le sedi possibili simultaneamente. D'altro canto, se l'informazione sia rivelata o utilizzata illegittimamente, è dubbia la possibilità di impugnazione dell'atto con cui la circolazione sia avvenuta, se non abbia natura decisoria, ma preparatoria²⁸⁷. Anche nel caso più semplice, in cui la richiesta di clemenza sia stata proposta direttamente alla Commissione è necessario che le autorità nazionali sappiano se e in quali limiti è consentito loro procedere a sanzionare sulla base delle informazioni circolate. La questione di delimitare la sanzione si è tradizionalmente posta solo nel caso di azione/sanzione parallela, non in quello di una sanzione successiva al

²⁸⁴ Gli stessi che ad es, negli USA potrebbero e sono stati richiesti ed usati come prove contro l'impresa.

²⁸⁵ BLAKE, SCHNICHELS, *Leniency following modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 766 ss., citano il divieto di iniziare un procedimento sulla base dell'informazione ricevuta, senza che questo escluda la possibilità di iniziarne uno del tutto autonomo d'ufficio. Il *network* consente però alle autorità di richiedere alle altre, tutte le informazioni in loro possesso ex art. 12 del regolamento n. 1, anche quelle ricevute a supporto di una richiesta di clemenza. Per questa ipotesi valgono i limiti alla circolazione previsti nella Comunicazione sulla rete (serve il consenso del richiedente clemenza, oppure anche l'autorità ricevente ha avuto una richiesta di clemenza dalla stessa impresa, oppure l'autorità ricevente offre garanzie sull'uso delle informazioni che riceverà: non verranno usate per avviare o far iniziare un procedimento sanzionatorio, copia della garanzia viene fornita al richiedente clemenza). La Comunicazione non vincola le autorità nazionali, ma solo se queste si impegnano a rispettarla, possono essere beneficiarie della circolazione, v. anche CANENBLEY, ROSENTHAL, *Co-operation between antitrust authorities in and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part 1*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 112 ss.

²⁸⁶ LEVY, O'DONOGHUE, *The Eu leniency*, cit., p. 96.

²⁸⁷ SWAAK, MOLLICA, *Leniency applicants face to modernisation of EC competition law*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 514.

programma di clemenza²⁸⁸. A queste incognite cerca di porre rimedio l'aggiornamento delle linee guida nella Comunicazione del 2006, ma la soluzione prevalente è tutt'ora quella di proporre più richieste di clemenza simultanee alle varie autorità competenti e alla Commissione²⁸⁹.

La ragione fondante dell'istituto, mutuato dalla tradizione americana²⁹⁰, risiede nella particolare natura delle intese più pericolose per il mercato: gli *hard core cartels*, o intese segrete. L'unico modo per conoscere e sanzionare una tale pratica consiste, evidentemente, nella denuncia da parte di un partecipante all'accordo, che va quindi incentivato a diventare un *whistle blower*. La collaborazione può consistere nell'offerta di prove o informazioni su una violazione, oppure sull'ammissione di una violazione, in cambio di pene ridotte o alternative²⁹¹. La clemenza è dunque uno strumento che permette alla Commissione di scoprire molte più intese segrete, con possibili riflessi anche sul *private enforcement*²⁹². Se sul piano pubblico l'impresa può mettersi al riparo dalle sanzioni, infatti, non è protetta nella sua responsabilità civile per i danni derivati dall'accordo vietato. L'unico limite è nella Comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni, che esclude dall'obbligo di trasmissione ai giudici delle informazioni che la Commissione abbia ricevuto insieme alla richiesta di clemenza, salvo il consenso del richiedente. Il ruolo delle azioni private di risarcimento potrebbe, insieme all'introduzione di sanzioni detentive, contribuire al rafforzamento della politica di clemenza, ma funzionerebbe solo se si estendesse a tutte le sanzioni di *public enforcement* erogabili nel *network*, ipotesi per ora neppure lontanamente ipotizzabile²⁹³.

²⁸⁸ TEMPLE LANG, *The implications of the Commission's leniency policy*, in *Eur.law rev.*, 2003, p. 430 ss., sostiene che l'art. 10 del trattato comporta l'obbligo che anche le autorità nazionali tengano conto della clemenza precedentemente erogata dalla Commissione e suggerisce che venga esplicitato un limite alla possibilità di sanzione, successiva alla concessione di clemenza da parte della Commissione, anche per diritto nazionale *antitrust* e anche se la clemenza sia stata concessa da un'altra autorità nazionale. L'a. sostiene che la disciplina della clemenza può riguardare anche le più rare richieste per violazione dell'art. 82 del trattato. V. anche LEVY, O'DONOGHUE, *The EU leniency*, cit., p. 91 s.

²⁸⁹ Tra gli altri, SWAAK, MOLLICA, *Leniency applicants*, cit., p. 509 ss., anch'essi favorevoli all'opzione armonizzazione.

²⁹⁰ Negli U.S.A. il sistema esiste da tempo, ma non consente di eliminare vari aspetti problematici. LEVY, O'DONOGHUE, *The Eu leniency programme comes of age*, in *World comp.*, 2004, p. 75 ss.; RILEY, *Beyond leniency: enhancing enforcement in EC antitrust law*, in *World comp.*, 2005, p. 377 ss.; WILS, *Leniency*, cit., p. 34, il primo esempio di *leniency* si lega all'U.S. *Department of Justice* e risale al 1978.

²⁹¹ WILS, *Leniency*, cit., p. 25 ss.

²⁹² In alcuni casi, come quello statunitense, anche la previsione di una restituzione diretta ai soggetti danneggiati dall'accordo facilita le richieste risarcitorie perché fa già parte delle condizioni di clemenza. RILEY, *Beyond leniency*, op. cit., p. 390.

²⁹³ Negli Stati Uniti è inoltre prevista la c.d. *amnesty plus*, ossia uno sconto per l'impresa che denunci un cartello, pur partecipando ad un altro. Essa riceverà l'immunità per l'intesa denunciata e una doppia

Al di là degli scopi istruttori che si prefigge, la concessione della clemenza ha comunque non pochi effetti collaterali: altera il meccanismo accertamento-sanzione, non ha uniforme applicazione presso le varie autorità nazionali²⁹⁴ e può interferire con i diritti delle altre parti e dei terzi. Inoltre, vanno considerati ulteriori possibili effetti negativi: l'abbassamento del livello complessivo delle sanzioni erogate ai cartelli, la percezione di una minore efficacia punitiva delle autorità, in assenza di collaboranti, la possibilità che la clemenza sia internalizzata alle pratiche vietate e serva a mantenerle in essere, come pure un messaggio di disvalore morale attenuato. Il criterio per valutare quali profili debbano prevalere, non può essere rinvenuto solo nella quantità di richieste presentate²⁹⁵, ma piuttosto nel numero di intese sanzionate. Infatti, l'impatto di queste politiche può essere apprezzato solo sulle intese sanzionate, e non su quelle esistenti totali, che essendo segrete, non possono essere quantificate²⁹⁶. Il numero delle richieste di clemenza è in crescita, tuttavia, la mancanza di uniformità tra i programmi a livello nazionale crea non poche difficoltà al funzionamento di questo incentivo. La stessa previsione di un potere clemenziale in capo alle autorità nazionali è stata talora comprensibilmente contestata, per cui si è resa necessaria una norma interna di rango legislativo, come in Italia. In realtà, gli aspetti più problematici riguardano la trasparenza, la prevedibilità e l'uniformità dei vari regimi di clemenza applicabili che comportano rischi per chi aderisce volontariamente ai programmi, in particolare, per sfuggire a sanzioni detentive se previste a livello nazionale²⁹⁷. Come già anticipato, la possibilità di sanzioni detentive in alcuni stati dovrebbe essere, forse, esclusa per i collaboranti per non scoraggiarne il contributo nei

riduzione di sanzione per la partecipazione nell'altra che non aveva denunciato per prima. Simile è la *Leniency Plus* dell'autorità nazionale inglese.

²⁹⁴ In Italia è stata introdotta con il nuovo art. 15 (2) *bis* della l. 287/90 (D.l. n. 226 del 2006, conv. con l. n. 248 del 2006) e dalla Comunicazione sulla non imposizione delle sanzioni ai sensi della l. 287/90, del 19 febbraio 2007, su www.agcm.it e in altri Stati è ancora in corso di adozione.

²⁹⁵ CSERSES, SCHINKEL, VOGELAAR, [in part. SCHROEDER, HEINZ], *Criminalization*, cit., p.161, invece, valutano il successo sulla base delle sole richieste in aumento. Gli aa. propendono per lo sviluppo della clemenza, come miglior risposta al bisogno di sanzionare le intese segrete, rispetto alla criminalizzazione.

²⁹⁶ WILS, *Leniency*, cit., p.51 ss.; CSERSES, SCHINKEL, VOGELAAR, [in part. SCHROEDER, HEINZ], *Criminalization*, cit., p.184 ss., e [MASSEY], p. 188 ss. che collegano strettamente clemenza e deterrenza certa nella prevenzione degli illeciti, anche se le riserve sull'attendibilità dei *whistle blower* nelle altre materie penali non vanno dimenticate neanche nel campo *antitrust*.

²⁹⁷ Sull'utilità di assegnare un *marker* che indichi l'ordine di richiesta tra le varie imprese interessate alla clemenza, sul rischio che le dichiarazioni orali acquistino valore di prova nei processi civili e sul problema della mancata armonizzazione tra i vari programmi, irrisolto anche dal Modello E.C.N. v. SADHU, *The european COMmission's leniency policy: a success?*, in *Eur.comp.law rev.*, 2007, p. 149 ss.

programmi di clemenza. La forza della politica di clemenza consiste proprio nella sua interazione con la deterrenza delle sanzioni, l'aumento del rischio per chi partecipa a intese segrete, l'agevolazione delle indagini e del reperimento di informazioni, l'alleggerimento della fase decisoria.

Alcune proposte recenti auspicano che l'evoluzione porti ad un *one stop shop* nel sistema di clemenza²⁹⁸. Altre, per voce dell'attuale Commissario alla concorrenza, prendono in considerazione anche un'evoluzione delle politiche che potrebbe prevedere forme di transazione diretta con le imprese, magari senza arrivare agli esempi esistenti a livello internazionale che prevedono ricompense in denaro agli informatori²⁹⁹. In ultima analisi, sia le sanzioni detentive personali che le immunità e la clemenza presuppongono di ascrivere la materia *antitrust* nella già accennata nozione estesa di "ambito penale". In tale ottica l'esigenza di certezza e trasparenza è il primo presupposto per la repressione degli illeciti, in mancanza della quale, gli effetti negativi possono anche annullare le potenzialità positive. L'evoluzione in senso penalistico delle sanzioni *antitrust*, si deve accompagnare quindi ad un rapido sforzo di armonizzazione nazionale sia delle politiche sanzionatorie, che di quelle clemenziali³⁰⁰.

Impugnazione della decisione.

LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE PER POTER ESSERE IMPUGNATA DEVE SODDISFARE I REQUISITI GENERALI PREVISTI DAL PROCESSO COMUNITARIO. LA GIURISPRUDENZA HA PERÒ SPECIFICATO ALCUNI DI ESSI CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA MATERIA *ANTITRUST*.

"Legittimazione" a impugnare. Sono legittimati privilegiati le istituzioni e gli stati, ma la posizione più complessa riguarda i soggetti privati. Nel caso in cui siano destinatari della decisione, la loro legittimazione si presume, altrimenti, serve la prova di un effetto diretto e individuale dell'atto su chi lo impugna ex art. 230 del

²⁹⁸ NOURRY, JEPHCOTT, *The interaction of EC and national leniency systems*, in *Comp.law ins.*, 2005, vol. 4, n. 10, p. 7 ss., mentre GAUER, GASPERS, *Designing a european solution for a "one stop shop leniency shop"*, in *Eur. law rev.*, 2006, p. 687 ss. citano le opzioni di *one stop shop*, preferendo l'armonizzazione sulla base del "Modello E.C.N." del 2006; CSERSES, SCHINKEL, VOGELAAR, [in part. SCHROEDER, HEINZ], *Criminalization*, cit., p. 168 ss. propongono invece la supremazia del programma di clemenza comunitario, con prevalenza sulle norme *antitrust* nazionali, insieme ad una volontaria armonizzazione dei sistemi; *idem*, [FRESE], p., 208 s., suggerisce che sia la politica comunitaria ad imporre maggior trasparenza e certezza al sistema, per rendere efficiente anche l'imposizione di sanzioni penali e della clemenza, in un contesto uniforme difficilmente ottenibile con l'armonizzazione nazionale.

²⁹⁹ WILS, *Leniency in antitrust enforcement: theory and practice*, in *World comp.*, 2007, p. 61 ss.

³⁰⁰ CSERSES, SCHINKEL, VOGELAAR, [in part. VOGELAAR], *op. cit.*, p. 332 ss.

trattato. La giurisprudenza ha finora dato un'interpretazione restrittiva di questa condizione, anche se recentemente il rigore si è allentato ed è stata sempre più spesso ammessa l'impugnazione da parte anche di soggetti terzi (ordinanza, *Microsoft*, T-201/04 R, del 26 luglio 2006)³⁰¹. L'approccio restrittivo rischia di pregiudicare il diritto di difesa e anche la Corte dovrebbe gradualmente introdurre un parametro più leggero per il ricorrente (conclusioni Avv. Generale in, *UPA*, C-50/00/P, § 60, sent. 25 luglio 2002).

La legittimazione ad impugnare è quindi riconosciuta dai giudici a chi ha interesse nella decisione impugnata (*locus standi*)³⁰², perché ne subisce un effetto diretto e specifico (sentenze Corte giust., *Plaumann* 25/62, del 15 luglio 1963; Trib., *Air France*, T-3/93; *M6*, T-185/00; *ARD*, T-158/00; Corte giust., *Société Luis*, C-386/96, del 5 maggio 1998), o un pregiudizio che incide sui suoi diritti (sentenza Trib., *Jego-Quere*, T-177/01, del 3 maggio 2002). La legittimazione è concessa al terzo menzionato nel provvedimento (sentenza Corte giust., *Roquette Frères*, 138/79, del 29 ottobre 1980), indipendentemente dalla sua partecipazione al procedimento amministrativo (sentenze Trib., *Metropole*, T-528/93, del 11 luglio 1996 e *CCE Société*, T-96/92, del 27 aprile 1995), o in virtù di tale partecipazione (sentenze Corte giust., *Metro SB*, 26/76, del 25 ottobre 1977 e *Metro II*, 75/84, del 22 ottobre 1986 e Trib., *Comité*, T-96/92, del 27 aprile 1995). Anche un gruppo determinato di soggetti può impugnare se è chiaramente individuato e soddisfa i presupposti richiesti (sentenza Corte giust., *Sofrimport*, C-152/88, del 26 giugno 1990). La legittimazione si può legare al successivo diritto al risarcimento (sentenza Corte giust., *Courage*, C-453/99, del 20 settembre 2001) ed è stata quindi riconosciuta in materia *antitrust* ad associazioni di clienti, fornitori e consumatori (sentenze Corte giust., *Bundesverband*, C-2/01, del 6 gennaio 2004; *Atlantic container*, T-191/98, del 30 settembre 2003; *Bureau européen*, T-37/92, del 18 maggio 1994; *Schneider*, T-310/01, del 22 ottobre 2002). Sono poi ammessi ad impugnare i concorrenti attuali o potenziali della parte (sentenze *British airways*, T-219/99, del 17 dicembre 2003; *BEMIM*, T-114/92, del 24 gennaio 1995; *BVBA*, T-87/92, del 12 dicembre 1996; *Air France*, T-3/93, del 24 marzo 1994).

“Interesse” ad impugnare. L'ulteriore condizione dell'interesse ad impugnare la decisione non è espressamente definita dall'art. 230 del trattato. La

³⁰¹ GERADIN, PETIT, *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, in *Rev.trim.dr.eur.*, 2005, p. 810 ss.

³⁰² OLIVER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, in *Cah. droit eur.*, 2005, p. 371 ss. sui vari aspetti dell'impugnazione.

giurisprudenza la ha spesso inclusa e presunta per il provvedimento che abbia un effetto diretto e specifico sul soggetto impugnante. Tuttavia, la riluttanza dei giudici comunitari ad applicare espressamente questo concetto lascia spazio a dubbi. Di certo, è ormai pacificamente ammesso l'interesse del concorrente ad impugnare la decisione *antitrust*³⁰³.

Provvedimento impugnabile. Il regolamento *antitrust* n. 1/2003/Ce introduce o mantiene alcuni atti che non è facile inquadrare tra le decisioni impugnabili ai sensi dell'art. 230 del trattato (tra cui la decisione di avocazione ex art. 11³⁰⁴, la dichiarazione di inapplicabilità ex art. 10³⁰⁵, le richieste istruttorie senza decisione, anche attinenti alla circolazione delle informazioni)³⁰⁶. Per giurisprudenza consolidata l'atto impugnabile deve essere stato adottato da un'istituzione comunitaria, deve produrre effetti giuridici, deve essere definitivo (sentenza Corte giust., *IBM*, 60/81, dell'11 novembre 1981). In particolare, sono stati inclusi tra le decisioni impugnabili anche alcuni atti di indagine (decisione di ispezione /di richiesta di informazioni), la decisione del consigliere auditore di pubblicare la decisione (sentenza Trib., *Bank Austria*, T-198/03, del 30 maggio 2006) e quella con cui la Commissione non rimborsa gli interessi di mora (sentenza Trib., *Corus*, T-171/99, del 10 ottobre 2001) dopo l'annullamento della decisione (sentenza Corte giust., *Greencore*, C-123/03 P, del 9 dicembre 2004).

Limiti del giudizio di impugnazione. Il ruolo crescente delle analisi economiche richiesto dalle decisioni amministrative *antitrust* si presta ad una limitazione del controllo giurisdizionale su di esse, a vantaggio del potere discrezionale della Commissione. Il contenzioso comunitario di impugnazione *antitrust*, attualmente, si sviluppa sui diversi profili di annullamento, riduzione delle ammende ed eventualmente, responsabilità della Commissione conseguenti all'annullamento. Tuttavia, il contenzioso di responsabilità è oscillante in materia di concorrenza e spesso i ricorsi sono rigettati.

³⁰³ GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 812 ss.

³⁰⁴ Sarebbe un atto preparatorio ai sensi della giurisprudenza *IBM*, dovrebbe invece essere impugnabile a parere di parte della dottrina per i suoi effetti esecutivi obbligatori. GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 802 ss.

³⁰⁵ GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 796 ss. Le decisioni di inapplicabilità sono considerate impugnabili secondo una lettura dottrinale ancora non confermata dalla giurisprudenza, che fa leva sulla loro efficacia e definitività e lamenta la limitata possibilità di controllo del giudice comunitario sulle decisioni amministrative *antitrust*.

³⁰⁶ GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 807ss. Le lettere di orientamento possono più pacificamente essere escluse dall'impugnazione, come pure le decisioni di riattribuzione tra autorità nazionali.

I procedimenti *antitrust* della Commissione presuppongono per loro natura un elevato tasso di discrezionalità, che è sempre stato ben sottolineato dal giudice comunitario. Per la specificità della materia e per l'alto grado di tecnicità delle valutazioni economiche coinvolte, la giurisprudenza ha tradizionalmente tracciato un confine netto ai propri poteri di sindacato sulle decisioni della Commissione, limitandosi ad una verifica di legittimità del procedimento decisionale senza entrare nel merito della valutazione economica (sentenze Corte giust., *Tetra Laval*, C-12/03, del 15 febbraio 2005; *Aalborg*, C-204/00 P, del 7 gennaio 2004; *République française*, C-68/94, del 31 marzo 1998). Questo *self restraint* giurisdizionale era particolarmente accentuato nel caso di applicazione dell'art. 81 n. 3, fino alle decisioni *Metropole*, T-528/93, del 11 luglio 1996 e *Remia*, 42/84, dell' 11 luglio 1985, che si sono allineate alla prassi generale. Anche la Corte di giustizia non ha potere di accertare i fatti quando viene impugnata una decisione del Tribunale, salvo per l'"inesattezza materiale di tali accertamenti risultante dai documenti del fascicolo, allo snaturamento degli elementi di prova, alla qualificazione giuridica di questi e alla questione se siano state rispettate le disposizioni in materia di onere e di produzione della prova", come da giurisprudenza costante, confermata dalla sentenza *Sumitomo*, C-403/04 P, del 25 gennaio 2007. Solo molto eccezionalmente la Corte ha annullato una decisione del Tribunale decidendo essa stessa la causa senza rinvio ed è avvenuto in anni recenti (sentenza *Acerinox*, C-57/02 P, del 14 luglio 2005).

I motivi di impugnazione sono tassativamente elencati all'art. 230 del trattato, che limita il sindacato in fatto del giudice³⁰⁷, in particolare, sulla valutazione delle prove e sulle conseguenze che ne ha tratte la Commissione (sentenze *Ufex*, T-77/95 RV, del 25 maggio 2000 e C-119/97 P, del 4 marzo 1999, che ha precisato i limiti alla discrezionalità della Commissione). Il vizio di incompetenza non è quasi mai utilizzato in materia *antitrust*, mentre la violazione procedimentale può essere rilevata anche d'ufficio e comprende anche tutte le possibili violazioni del diritto di difesa. Sui vizi procedurali la prassi non è troppo rigidamente formalistica e l'annullamento è dichiarato solo se in mancanza del vizio il procedimento sarebbe giunto ad un esito diverso. I motivi di legalità

³⁰⁷ Non mancano tuttavia sentenze in cui l'impostazione in fatto della Commissione viene rigettata in via giurisprudenziale, tra queste ad es. *Ahlstrom*, C-129/85, del 31 marzo 1993.

interna comprendono la violazione di norme comunitarie e l'abuso di potere (quest'ultimo quasi mai invocato con successo).

Sul ruolo del Tribunale in sede di impugnazione si è pronunciata la sentenza Corte giust., *Aalborg*, C-204/00 P, cit., e recentemente, per una maggiore incisività sul sindacato di merito, la sentenza Trib., O2, T-328/03, del 2 maggio 2006. Come si è già accennato nel primo capitolo, il Tribunale si limita ad un sindacato di mera legittimità se adito ex art. 230, ma ha giurisdizione piena ex art. 229 (e 31 del regolamento n.1/2003) in materia di sanzioni. In questo ambito, si ricorda che finora raramente il Tribunale ha aumentato la sanzione della Commissione³⁰⁸, anche se questa ipotesi si è recentemente verificata con la sentenza *BASF*, T-101/05 e 111/05, del 12 dicembre 2007, in seguito all'annullamento della decisione della Commissione e proprio sulla base della giurisdizione illimitata del Tribunale in materia di sanzioni.

Se il Tribunale svolge un riesame completo della decisione, tende a forzare al massimo le sue possibilità di controllo, nei limiti dell'art. 230, viceversa, se ne svolge uno limitato, si concentrerà solo sulle violazioni formali e su vizi di legittimità, con totale esclusione delle valutazioni di merito discrezionali della Commissione. Questa seconda opzione si fonda sulla divisione dei ruoli e dei poteri nel sistema comunitario e sulla complessità delle valutazioni economiche richieste alla Commissione³⁰⁹. Tuttavia, non è da escludere, come la prassi sta lentamente ammettendo e come richiesto da gran parte della dottrina, l'utilità di un sindacato più pieno sul fondamento delle decisioni della Commissione, per poter orientare le autorità amministrative e per migliorare l'efficienza e la correttezza delle azioni della Commissione (sentenze Corte giust., *Polpa di legno II*, 89/85, del 31 marzo 1993; *Tetra Laval*, C-12/03, del 15 febbraio 2005)³¹⁰.

Il riesame limitato cercava di individuare un equilibrio tra le complesse valutazioni economiche di merito rimesse alla Commissione e la necessità di un controllo sulla legittimità del suo operato. Questa prassi potrebbe dover essere

³⁰⁸ GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 822 che segnalano invece la diversa prassi delle giurisdizioni nazionali, in cui gli aumenti possono verificarsi e precisano i contorni del sindacato ex art. 229, tendente a verificare i parametri di gravità e durata dell'infrazione e la metodologia seguita dalla Commissione, anche in caso di clemenza.

³⁰⁹ BAILEY, *Scope of judicial review under article 81 EC*, in *Comm.mark.law rev.*, 2004, p. 1332 ss., sottolinea giustamente la differenza tra il concetto di discrezionalità e quello di libero apprezzamento.

³¹⁰ GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 827 ss., che richiama anche la necessità di rispettare le tutele imposte dalla Cedu in materia di ricorso giurisdizionale effettivo.

adeguata alle esigenze di certezza e controllo che emergono attualmente, e che non possono arrestarsi davanti ad un asserito rispetto di ruoli istituzionali o all'inadeguatezza dei giudici ad entrare nel merito di alcune materie complesse³¹¹. Alcuni interpreti suggeriscono l'introduzione di giurisdizioni specializzate a livello comunitario, ipotesi già percorsa in altri campi e di sicuro interesse anche se di attuazione futuribile³¹². L'istituzione di un giudice comunitario specializzato in materia di concorrenza, servirebbe soprattutto per velocizzare i tempi della decisione, in particolare in materia di concentrazioni. Considerazioni istituzionali e di economia sistemica sono però ancora prevalenti nello sconsigliare di inserire nel meccanismo processuale comunitario un terzo ed ulteriore livello di competenza³¹³.

Effetti dell'impugnazione. Tra gli effetti dell'impugnazione ci dovrebbe essere anche il ripristino dei pregiudizi patiti in conseguenza della decisione della Commissione annullata, ma non sempre è così, come dimostra il caso *Holcim*, T-28/03, del 21 aprile 2005 e C-282/05 P, del 19 aprile 2007, che ha escluso il diritto dell'impresa a recuperare le perdite dovute alla fideiussione bancaria accesa a garanzia di una sanzione, poi annullata perché illegittima.

All'impugnazione si può accompagnare un'istanza di sospensione della decisione ex art. 242 del trattato, come è recentemente avvenuto nella sentenza Trib., *Romana Tabacchi*, T-11/06, del 13 luglio 2006, in cui il Tribunale ha concesso una sospensione parziale e condizionata della decisione impugnata. Il ricorso sospensivo al giudice è stato spesso utilizzato anche contro la pubblicazione della decisione impugnata, con uno scarso tasso di accoglimento (tra le altre, ord. Trib., *Bank Austria*, T-198/03 R, del 7 novembre 2003 in cui la richiesta è stata rigettata per mancanza di urgenza). Il caso più recente e noto di richiesta di sospensione cautelare della decisione è legato alla vicenda *Microsoft*, le cui richieste sono state rigettate nell' ord. Trib., *Microsoft*, T-201/04 R, del 22 dicembre 2004, per mancanza dei presupposti, in particolare del danno irreparabile e dell'urgenza. Sempre la vicenda *Microsoft* ha creato un interessante precedente anche riguardo all'esecuzione delle misure imposte all'impresa sanzionata,

³¹¹ BAILEY, *Scope of judicial review*, cit., p. 1359.

³¹² GERADIN, PETIT, *Droit*, cit., p. 833 ss.

³¹³ ANDREANGELI, *Toward an EU competition court: "article 6 proofing" antitrust proceedings before the Commission*, in *World comp.*, 2007, p. 595 ss., si sofferma anche sulla compatibilità del sistema con i principi della Cedu in materia di processo penale.

nella sentenza Trib., *Microsoft*, T-201/04, del 17 settembre 2007, è stato infatti previsto un innovativo meccanismo di controllo dell'adempimento della sanzione, affidato ad un fiduciario.

Rinvio pregiudiziale, autorità e giurisdizioni.

LO STRUMENTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE È RISERVATO AI GIUDICI NAZIONALI, MA LA COLLABORAZIONE TRA LA COMMISSIONE E GLI ALTRI ELEMENTI DEL SISTEMA DECENTRATO È GIÀ IN PARTE PRESENTE NEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI COMUNITARI, CHE CERTAMENTE SI ARRICCHIRANNO IN FUTURO DI NUOVI SPUNTI POST- MODERNIZZAZIONE.

Pacificamente ormai, non sono ammissibili rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia da parte delle autorità nazionali. L'applicazione amministrativa dei meccanismi procedurali dovrà essere contestata dalle parti davanti al giudice competente, unico titolare del potere di rinvio ex art. 234 del trattato CE³¹⁴ secondo uno schema criticato da parte della dottrina³¹⁵, che rallenta sicuramente il percorso verso l'interpretazione autentica, ma è ormai solidamente affermato dalla Corte nella più recente giurisprudenza, se non nella sua totalità³¹⁶. Le autorità nazionali sono escluse dal rinvio pregiudiziale perché non sono giudici imparziali (sentenza Corte giust., *Syfait*, C-53/03, del 31 maggio 2005), anche se nello stesso caso l'Avvocato Generale aveva dato un'interpretazione estensiva contraria³¹⁷.

La Corte di giustizia ha comunque sancito l'obbligo che l'organo amministrativo nazionale riesamini la propria decisione in seguito ad una declaratoria di non conformità con il diritto comunitario ex art. 234, spostando in avanti nel tempo l'effetto di una correzione interpretativa di fatto possibile solo dopo l'impugnazione giurisdizionale (sentenza Corte giust., C-453/00, *Kuhne*, del 13 gennaio 2004). Con quest'ultima decisione la Corte ha cercato per la prima volta di stabilire un punto di equilibrio tra autonomia procedurale nazionale e leale

³¹⁴ TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 285 ss.

³¹⁵ KOMNINOS, *Article 234 EC and national competition authorities in the era of decentralisation*, in *Eur.law rev.*, 2004, p. 107 ss., che suggerisce l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale con un'interpretazione estensiva del concetto di giurisdizione, per ragioni di uniforme applicazione. La posizione è disattesa dalla giurisprudenza più recente.

³¹⁶ Contrariamente alla Corte giust., *Syfait*, C-53/03, del 31 maggio 2005, v. la precedente sentenza *Association esp. Banca Privada*, C-67/91, del 16 luglio 1992.

³¹⁷ Neanche gli arbitri possono adire la Corte ex art. 234 (sentenza Corte giust., *Denuit*, C-125/04, del 27 gennaio 2005), ma l'impugnazione dei lodi *antitrust* pone questioni delle quali i giudici di merito danno letture molto disomogenee, ad esempio riguardo all'obbligo di applicare gli artt. 81 e 82 da parte degli arbitri (sentenza Corte giust., *Eco Swiss*, C-126/97, del 1 giugno 1999).

cooperazione, anche riguardo ad organi amministrativi ed in sintonia con il coevo regolamento n.1/2003/Ce³¹⁸.

La sentenza Corte giust., *CIF*, C-198/01, del 9 settembre 2003, si è occupata del ruolo delle autorità nell'applicazione della legge nazionale e dei divieti comunitari. Sulla definizione di autorità nazionale, che pacificamente può essere designata tra organi amministrativi o giurisdizionali, basti il riferimento alla sentenza Corte giust., *Ministère Public*, 209/84, del 30 aprile 1986, a cui si aggiunge la giurisprudenza che ha precisato i requisiti della collaborazione dell'autorità ed i limiti al controllo del giudice (sentenza Corte giust., *Roquette Frères*, C-94/00, del 22 ottobre 2002). A proposito della circolazione di informazioni, giova ricordare ancora che con il regolamento n. 1/2003/Ce è stato superato il limite giurisprudenziale che la consentiva solo limitatamente allo scopo per cui erano state richieste le informazioni (sentenza Trib., *NV Samenwerkende*, T-39/90, del 12 dicembre 1991).

Sui rapporti tra la Commissione ed i giudici nazionali, invece, i precedenti più importanti sono ancora le sentenze Corte giust., *Masterfoods*, C-344/98, del 14 dicembre 2000, che prevede la sospensione facoltativa del processo in caso di pendenza di procedimento davanti alla Commissione e Corte giust., *Delimitis*, C-234/89, del 28 febbraio 1991, che interpreta le norme procedurali pre-modernizzazione.

Giustamente, il possibile deficit di tutela ai diritti soggettivi è stato posto dalla dottrina in relazione alle istituzioni comunitarie, con critiche sotto i profili della "trasparenza, delle garanzie procedimentali, della tutela dei diritti della difesa nelle procedure amministrative" e sotto quello della "previsione di adeguate vie di ricorso"³¹⁹. Si tratta della già segnalata difficoltà di conciliare un sistema di diritti avanzato, con sanzioni non uniformi ma potenzialmente deterrenti, in meccanismi amministrativi non sempre adatti a contenere le istanze di situazioni che meglio si adatterebbero al processo.

³¹⁸ GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kuhne & Heitz*, in *Dir.com.sc.int.*, 2004, p. 495 ss., cita anche la sentenza della Corte di giust., *Emmot*, C-208/90, del 25 luglio 1991, che stabiliva la impossibilità di opporre una regola procedurale nazionale al singolo, finché lo stato non si fosse conformato pienamente ad una direttiva comunitaria con una regolare trasposizione. Secondo l'a. la sentenza *Kuhne* riesce ad ovviare in parte all'impossibilità di un rinvio pregiudiziale diretto delle autorità amministrative ex art. 234, obbligandole a tenere conto delle decisioni pregiudiziali comunitarie indipendentemente dal già acquisito dovere di disapplicazione della norma nazionale incompatibile.

³¹⁹ TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli stati membri dell'Unione europea*, in *Foro It.*, 1995, c. 15.

2.2 Cenni alla giurisprudenza italiana sul *public enforcement* degli articoli 81 e 82.

Come già evidenziato, in Italia il procedimento *antitrust* si è tendenzialmente ispirato al modello comunitario, con l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente³²⁰ garante della concorrenza e del mercato (a.g.c.m.), che dopo il regolamento n. 1 è incentivata all'applicazione diretta delle norme comunitarie insieme a quelle nazionali³²¹. Anche per gli ampi spazi che il diritto europeo riserva agli stati, però, la l. n. 287 del 1990 è il principale riferimento per i procedimenti di competenza dell'autorità garante ed in parte anche per le successive impugnazioni³²². Ai fini di questo lavoro non è possibile approfondire gli aspetti procedurali della l. n. 287/90 e del successivo regolamento n. 217 del 1998, ai cui principi si farà comunque riferimento per quanto di interesse. Recentemente, l'influenza comunitaria sulla disciplina procedimentale nazionale ha portato in particolare all'inserimento nella l. n. 287/90 degli articoli relativi all'adozione di misure cautelari³²³, all'accettazione di impegni ed alla politica di clemenza³²⁴, norme poi attuate nel dettaglio dai

³²⁰ Sulle procedure e le competenze dell'autorità nel contesto costituzionale si segnala tra i più recenti, CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 175 ss.; NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Padova, 2005, p. 11 ss., che richiama anche il rito speciale accelerato per i giudizi avverso i provvedimenti delle autorità indipendenti dall'art. 23 *bis* /d della l. n. 1034/71.

³²¹ Per una disamina riassuntiva delle possibilità decisorie dell'a.g.c.m. con un parallelo tra Regolamento n. 1 e l. 287/90, GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento Ce n. 1/2003*, Torino, 2005, p. 178 ss., che alle p. 146 ss. si sofferma anche sul rapporto tra il regolamento di procedura dell'a.g.c.m. e la l. n. 241/90. Per una pronuncia recente, con cui il T.A.R. ha ancora preferito l'applicazione della legge nazionale, sul presupposto che applicando l'art. 81 il mutamento di base giuridica non avrebbe inciso né sulla valutazione dell'illecito, né sulle garanzie per le parti, v. T.A.R. Lazio, *Tariffe dei periti*, n. 3543, del 2006.

³²² I procedimenti recenti in applicazione diretta degli artt. 81 e 82 del trattato riportati sul sito dell'autorità www.agcm.it non sono numerosi: nel 2006 se ne sono conclusi quattro per violazione dell'art. 82, oltre ad uno in cui la stessa violazione non è stata accertata per accettazione degli impegni, per violazione dell'art. 82 a fine 2007 si sono chiusi quattro procedimenti, di cui oltre la metà con accettazione di impegni. Le istruttorie pendenti a gennaio 2008 erano sei. Per violazione dell'art. 81 nel 2007 si sono conclusi dieci procedimenti, di cui sei con sanzione. Le istruttorie pendenti a gennaio 2008 sono cinque. La relazione annuale a.g.c.m. segnala che nel 2006 la Commissione ha sanzionato sei violazioni dell'art. 81, una per l'art. 82 e ha chiuso con impegni altri tre procedimenti.

³²³ Utilizzati già nel celebre caso *Merck-Principi attivi*, A364, in *Boll.* n. 23, del 2005, sono ora codificati nell'art. 14 bis della l. n. 287/90, per un raffronto con gli articoli del regolamento n. 1/2003/Ce, v. BRUZZONE, SAIJA, *Misure cautelari e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 269 ss.

³²⁴ Sui riflessi delle innovazioni rispetto alle possibilità di impugnazione, v. SIMONETTI, *The new co-operation approach under the Italian antitrust rules*, in *Eur.comp.law rev.*, 2008, p. 62 ss., che ritiene impugnabile la decisione che accetta gli impegni, anche da parte dei terzi, che potrebbero anche utilizzarla nel processo di risarcimento privato, salvo adempiere per altra via all'onere della prova sull'infrazione. Anche molte delle decisioni di clemenza potrebbero essere impugunate, salvo la ristrettezza dei motivi e la questione della riservatezza. L'azione di risarcimento privata non è esclusa dalla clemenza del garante.

provvedimenti regolamentari dell'autorità garante³²⁵. Le citate modifiche hanno portato l'Italia ad armonizzarsi ulteriormente, con l'*European competition network* in un'ottica di migliorata collaborazione, anche se va segnalato che l'attuazione nazionale non è del tutto sovrapponibile al testo comunitario degli stessi istituti³²⁶.

Brevemente, giova ricordare che il sistema di *enforcement antitrust* italiano riprende quello comunitario nella sua struttura fondamentale, in quanto si articola in un duplice livello amministrativo e giurisdizionale, complementari e paralleli. Mentre il giudice amministrativo, come si è anticipato in precedenza, viene coinvolto come organo di impugnazione sull'attività dell'autorità amministrativa, il giudice civile è competente per le azioni di risarcimento del danno a tutela del diritto soggettivo del singolo. Su questo secondo livello di tutela si svolgeranno alcune riflessioni nel prossimo capitolo, mentre in questo ci si occuperà sinteticamente del primo profilo.

Per comprendere le complessità del sistema è opportuno un cenno alla natura dell'a.g.c.m., da tempo oggetto di dibattito in dottrina, che ne sottolinea il carattere contenzioso e quasi giudiziario³²⁷, mentre le norme e la giurisprudenza ne sanciscono fermamente la natura amministrativa³²⁸. Del resto, anche da un punto di vista amministrativistico le caratteristiche dell'azione del garante non consentono di assimilarlo ad una giurisdizione, ma al massimo ad un "esercizio di funzioni amministrative giustiziali" senza grandi margini di discrezionalità³²⁹. Oltre alla lettera delle norme e al divieto costituzionale di cui all'art. 102, oltre alle analogie con il sistema comunitario ed alla costante giurisprudenza italiana,

³²⁵ In particolare, la Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* (accettazione di impegni), che operano sia nei procedimenti di diritto nazionale, che in quelli in cui l'a.g.c.m. applica il diritto comunitario, ma utilizzabile solo dalle parti del "procedimento istruttorio", a differenza dell'art. 9 del Regolamento n. 1/2003/Ce, è previsto un minimo contraddittorio, eventuale con le parti e la presentazione di osservazioni successive, anche da parte dei terzi.

³²⁶ SIMONETTI, *The new co-operation*, cit., p. 56 ss. chiarisce bene i punti di contatto e di difficoltà delle innovazioni italiane con il sistema europeo.

³²⁷ Tra i moltissimi, SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000; CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il foro amm.*, 1997, p. 341 ss.; secondo alcuni interpreti, piuttosto che al giudice civile, si potrebbe accostare l'autorità garante a quello penale, coerentemente anche agli orientamenti espressi in ambito comunitario su cui si è già detto: VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir.proc. amm.*, p.760 ss., che alla p. 777 formula la distinzione tra neutralità dell'autorità e imparzialità dell'amministrazione, riprendendo Caianiello.

³²⁸ Sentenze Cons. Stato, n. 988, del 29 maggio 1998; n. 652, del 12 febbraio 2001; n. 2199, del 23 aprile 2002; n. 5105, del 1 ottobre 2002; n. 1716, del 25 novembre 1994; sentenze T.A.R. Lazio, n. 652, del 5 maggio 1994; sentenza Cass., n. 7341, del 20 maggio 2002.

³²⁹ NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 21 ss.

anche il tipo di efficacia dei provvedimenti del garante depone, infine, per la sua estraneità all'area giurisdizionale, ai cui atti pertiene una diversa resistenza. Infatti, poiché il provvedimento del garante può essere impugnato in sede giurisdizionale, non è possibile qualificarlo come sede ultima di accertamento della norma, diversamente dai giudici. A corollario di questa condizione, l'autorità non può sollevare questioni di legittimità costituzionale, né il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, cui si è già fatto riferimento. Come si vedrà, riconoscere l'assenza di una discrezionalità propria in capo all'autorità, mette in discussione la legittimità dei margini di valutazione sottratti al sindacato del giudice previsti dalle norme italiane.

Anche se la natura formale e quella sostanziale dell'autorità garante sembrano dissociarsi creando astrattamente un modello atipico e intermedio tra l'amministrazione e la giurisdizione³³⁰, il diritto positivo e la giurisprudenza escludono concordemente che davanti all'autorità garante possano applicarsi le norme del codice di procedura civile. Per colmare eventuali lacune di disciplina l'a.g.c.m. deve invece richiamarsi alla disciplina generale della l. n. 241/90³³¹ (sentenze T.A.R. Lazio, n. 873, del 15 aprile 1999 e n. 497, del 24 marzo 1993; Cons. Stato, n. 652, del 12 febbraio 2002 e n. 5640, del 16 ottobre 2002). Anche le norme speciali amministrative sono coerenti e disciplinano il procedimento dell'autorità lasciando alla giurisprudenza il solo spazio dei principi generali e dell'analogia per interpretare gli aspetti più giurisdizionali del procedimento *antitrust*. L'elemento fondamentale per capire sia il dualismo del sistema di *enforcement*, che la necessità di mantenere l'autorità nazionale all'interno dell'area amministrativa, è collegato alla duplicità dei piani, pubblico e privato, su cui opera il divieto *antitrust* ed il suo sistema di tutele. L'autorità garante è considerata un organismo con caratteristiche diverse dalle altre amministrazioni, senza però poter essere investita con il crisma dell'indipendenza (al di là del nome di amministrazione indipendente che le

³³⁰ NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 14 ss., sottolinea la funzione "giustiziale" delle autorità amministrative indipendenti ed il problema della legittimazione costituzionale di un potere atipico, che unisce la possibilità di fare le regole con il compito di farle rispettare. L'a. da anche conto della dottrina che sottolinea la funzione "paragiurisdizionale" o "neutrale" delle autorità.

³³¹ Nonostante le esigenze già accennate di potenziamento delle garanzie procedurali e la parte della dottrina che mette in guardia contro i rischi di un eccessivo appiattimento sul modello generale del procedimento amministrativo, tra cui SANDULLI, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, p. 223 ss. Il riconoscimento di tutele e garanzie, anche parapenalistiche come quelle previste dall'art. 6 Cedu, non comporta il riconoscimento della natura giurisdizionale dell'autorità secondo NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 35.

viene assegnato) che spetta alle giurisdizioni. Una delle più recenti pronunce giurisprudenziali a ribadire le caratteristiche di mera “neutralità” nell’esercizio dei poteri e “indipendenza” dell’autorità è stata la sentenza Cons. Stato, Cassa *Depositi e prestiti/Trasmissione elettricità rete*, n. 550, del 2007.

Alcune ulteriori premesse di ordine generale vanno tenute presenti nella panoramica su tendenze e criticità della giurisprudenza impugnatoria italiana esaminate nel prosieguo. Innanzitutto, è opportuno riassumere le caratteristiche del meccanismo di impugnazione delle decisioni amministrative *antitrust*, in particolare riguardo alle condizioni per impugnare ed ai soggetti della dialettica processuale. Verrà invece tralasciata la specificità del processo davanti al giudice amministrativo, che esula dall’ambito di questa analisi, a vantaggio di qualche considerazione su alcuni dei problemi posti dall’attuale assetto impugnatorio, in termini di efficacia della tutela.

Posto che l’impugnazione di decisioni *antitrust* ha ad oggetto l’atto di un organo amministrativo, la competenza è quella “esclusiva” del giudice amministrativo³³² (in primo grado del T.A.R. Lazio, in applicazione dell’art. 33 della l. n. 287/90³³³), che può anche adottare misure cautelari, in particolare quella tipicamente sospensiva³³⁴. Il motivo di questa scelta si collega essenzialmente all’esigenza di certezza nell’individuazione di un giudice competente per interessi di difficile qualificazione, la stessa che ha portato il legislatore a fissare la competenza in unico grado della Corte d’appello per le cause civili ove si applichino i divieti italiani *antitrust*³³⁵. Il risultato di questa scelta non è però esente da critiche. La Legge crea infatti un doppio grado di controllo giurisdizionale sugli atti del garante (T.A.R. e Consiglio di Stato), mentre le controversie civili regolate dalla l. n. 287/90 vengono trattate in un

³³² Sentenze Corte Cost., n. 204, del 2004 e n. 191 del 2006, che stabiliscono la competenza anche risarcitoria se il danno derivi dall’esercizio di un pubblico potere. Su questo aspetto, per completezza, va ricordata la sentenza Cass. S.U., n. 500, del 1999 che ha stabilito per la prima volta la risarcibilità degli interessi legittimi; v. anche ANTONIOLI, *Legge antitrust, giurisdizione esclusiva e sanzioni amministrative al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro amm. C.d.s.*, 2005, p. 2472 ss.

³³³ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 152 ss. e p. 172 ss. sul rapporto tra giudizio amministrativo e ordinario; v. anche recentemente Cass. S.U., n. 4630, del 28 febbraio 2007.

³³⁴ CURTI, *Sulla giurisdizione cautelare dell’a.g.o. nella disciplina antitrust*, in *Nuov.giust.civ.comm.*, 2000, p. 650 ss., per un approfondimento sulle diverse potenzialità cautelari della materia davanti alle autorità giurisdizionali.

³³⁵ La riforma del contenzioso amministrativo, esteso anche alla materia risarcitoria, non comporta una compressione della competenza del giudice civile, unico titolare delle azioni tra privati, NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 66 ss., ma sostiene la tesi di un accorpamento davanti al giudice civile di tutta la materia.

unico grado con evidente disparità di tutela. Inoltre, conseguentemente alla divaricazione giurisdizionale davanti a giudici amministrativi e civili, anche la funzione nomofilattica viene ripartita tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione a detrimento quantomeno dell'uniformità interpretativa. A fronte di questi limiti, la dottrina propone l'accorpamento davanti ad un solo giudice, quello ordinario civile, di tutto il contenzioso *antitrust*, o in alternativa, l'ammissione del ricorso in Cassazione ex art. 111 anche contro le decisioni del Consiglio di stato³³⁶. Si tratta di proposte oggetto di discussione, che cercano di correggere un importante limite ai diritti degli interessati, del quale il legislatore sembra non accorgersi da quasi trent'anni. Senza sottovalutare le difficoltà tecniche di una riforma di questo tipo, si tratta comunque di un'opzione che merita considerazione e che potrebbe migliorare l'efficienza del sistema di controllo giurisdizionale italiano sulle decisioni *antitrust* anche per facilitare la dialettica con gli altri ordinamenti.

Nel dettaglio, gli atti dell'autorità garante che possono essere oggetto di impugnazione sono talvolta intesi in senso più estensivo dalla giurisprudenza italiana che dal giudice comunitario, ad esempio, per includervi l'atto che avvia l'istruttoria (T.A.R. Lazio, n. 1549, del 2 novembre 1993). Tuttavia, ogni volta che riguardano atti endoprocedimentali, si tratta sempre di estensioni dibattute e la giurisprudenza è molto oscillante. Il numero dei ricorsi di impugnazione delle decisioni *antitrust* nei dati della Relazione annuale dell'a.g.c.m. per il 2006 si misura su un totale di 81 ricorsi discussi, 7 accolti integralmente, 23 accolti parzialmente e 29 respinti³³⁷.

Nel giudizio di impugnazione, il giudice amministrativo segue le ordinarie forme processuali di legittimità, una scelta che, naturalmente, ha sollevato dubbi in dottrina rispetto all'idoneità di questo strumento a giudicare l'esercizio di "funzioni paragiurisdizionali delle autorità"³³⁸. Infatti, un altro aspetto controverso del processo davanti al giudice amministrativo riguarda i limiti che tradizionalmente caratterizzano il suo sindacato sugli atti della pubblica amministrazione, limiti che si estendono, formalmente, anche all'impugnazione

³³⁶ NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 70 ss.

³³⁷ Relazione annuale a.g.c.m. 2006, www.agcm.it, p.163.

³³⁸ MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir.proc.amm.*, 1999, p. 966 s., v. anche RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir.proc.amm.*, 2005, p. 340 ss.

antitrust, con qualche recente precisazione riguardo alla c.d. discrezionalità tecnica dell'autorità garante³³⁹.

La dottrina amministrativista ha giustamente rilevato che i poteri dell'a.g.c.m. non presuppongono una vera e propria discrezionalità amministrativa, ossia una piena ponderazione di interessi, ma si caratterizzano piuttosto per una discrezionalità "tecnica", che segue regole interamente predeterminate dal legislatore, salvo forse le sole valutazioni economiche che attengono però a valutazioni di fatti. I provvedimenti dell'autorità hanno quindi carattere essenzialmente vincolato, i poteri si attivano d'ufficio e non obbligatoriamente a fronte di una domanda di parte, perchè mirano a ripristinare il bene pubblico della piena concorrenza sul mercato. Discutibilmente, l'interpretazione dominante ritiene che i titolari di interessi *antitrust* siano portatori solo di interessi legittimi, ed il giudice amministrativo sta ammettendo lentamente e con molta cautela di poter esercitare una qualche forma di sindacato sulla discrezionalità tecnica, attento a non sovrapporre, per ragioni di controllo, il proprio potere a quello dell'amministrazione.

Comunque, il Consiglio di stato ha ripetutamente qualificato il sindacato sui provvedimenti dell'autorità garante come di legittimità e non di merito (tra le molte, sentenze Consiglio di stato, n. 926, del 2 marzo 2004; n. 5156, del 2002; n. 2199, del 23 aprile 2002; n. 4362, del 30 agosto 2002), precisando poi che il giudice amministrativo può verificare la verità dei fatti e non è vincolato da quanto accertato dall'autorità garante, in particolare in materia di apprezzamenti tecnici, ma resta escluso il merito amministrativo³⁴⁰.

Pare corretto riconoscere che la discrezionalità esercitata dal garante non è quella tipicamente valutativa dell'amministrazione, ma è più simile a quella vincolata della giurisdizione. Tuttavia, questo riconoscimento sposta di molto i termini della questione, fino ad escludere la legittimità di un sindacato limitato da parte del giudice in sede di controllo sull'esercizio del potere amministrativo vincolato. Unico appiglio residuo per il Consiglio di stato è il

³³⁹ ANTONIOLI, *Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 93 ss.; su questo tema, in giurisprudenza, sentenze Consiglio di stato, *Cartello r.c.a.*, n. 2199 del 2002 e *Enel/Wind*, n. 5156 del 2002 e più recentemente, n. 926, del 2 marzo 2004.

³⁴⁰ Il "sindacato intrinseco debole" si riferisce a valutazioni tecniche opinabili, sottoposte a verifica di attendibilità, con un sindacato non sostitutivo: Cons.st., n. 5287, del 2001. Questa tipologia di sindacato rivela secondo parte della dottrina la perdurante riluttanza del giudice amministrativo ad assumersi la responsabilità di concretizzare "concetti giuridici indeterminati", NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 79 ss.

modello comunitario, che prevede come si è visto un analogo sindacato limitato del giudice sulle decisioni della Commissione, fissando un parametro che però viene spesso disatteso nella prassi giurisdizionale.

Recentemente, nello sforzo del giudice amministrativo verso un'evoluzione necessaria, è stato introdotto un limite ancora più blando al campo di controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'a.g.c.m.: il giudice amministrativo non può ri-esercitare il potere amministrativo (sentenza Cons. st., n. 926, del 2 marzo 2004). Ancora più di recente, (sentenza Cons. st., *Imballaggi metallici*, n. 4017, del 2006) la giurisprudenza ha però nuovamente limitato il proprio sindacato alla "legittimità e non al merito, salvo quanto attiene al profilo sanzionatorio". Più flessibile la sentenza del T.A.R. Lazio, *Enel Trade*, n. 10678, del 2006, secondo la quale il giudice amministrativo "può sindacare ... anche il processo valutativo", tuttavia, "una volta accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità, lo scrutinio giudiziale non può spingersi oltre, fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa e autonoma scelta"³⁴¹.

Alcuni autori ritengono che la competenza esclusiva lasci per sua natura alcuni spazi alla valutazione di merito³⁴², ma la giurisprudenza qualifica costantemente il proprio intervento come sindacato "debole" sull'atto *antitrust*, ossia un controllo di mera legittimità sul provvedimento impugnato (sentenza Cons. stato, n. 2199, del 24 aprile 2002), questa limitazione, secondo i principi del diritto amministrativo, si fonda sulla veduta impossibilità di configurare un potere sostitutivo proprio in capo al giudice³⁴³. Alcuni provvedimenti giurisprudenziali lasciano aperta la possibilità di "un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione" (sentenza Cons. Stato, *Consorzio qualità*, n. 515, del 2007). Nonostante qualche apertura, quindi, la giurisprudenza è saldamente ancorata al modello del controllo di legittimità, con temperamenti sugli aspetti tecnico-fattuali, ma ancora ben lontana dall'ipotesi di

³⁴¹ Gli stessi limiti anche nella citata sentenza Cons. stato, *Cassa Depositi*, n. 550 del 2007, per cui il giudice amministrativo "non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte di tipo valutativo; non potendosi sostituire ad un potere già esercitato, ma dovendo soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto il profilo delle regole tecniche applicate".

³⁴² SCUFFI, *diritto processuale*, cit., p. 151.

³⁴³ TAVERNESE, in CENDON, *La concorrenza*, cit., p. 811 ss. e Cass. n. 926, del 2004, cit.; FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'autorità antitrust*, in *Proc. amm.*, 1999, p. 999 ss.

un sindacato pieno che rivoluzionerebbe il sistema³⁴⁴. E' comunque preferibile superare la distinzione tra sindacato debole e forte del diritto amministrativo italiano e più in generale le ragioni della limitazione del controllo giurisdizionale amministrativo, anche utilizzando l'armonizzazione con la giurisprudenza comunitaria in materia³⁴⁵.

Una precisazione, a chiusura del ragionamento sull'estensione del controllo giurisdizionale sugli atti *antitrust* riguarda le sanzioni pecuniarie. Il giudice amministrativo rispetto ad esse esercita un sindacato più ampio e si spinge fino a modificare l'ammontare o la misura della sanzione illegittima. Anche in questo caso però il sindacato non è comunque pieno e di merito, perché si limita al solo *quantum* della sanzione e al presupposto della "gravità" dell'infrazione. Infatti, anche le sanzioni sono ricondotte entro la regola generale della giurisdizione esclusiva sulle decisioni dell'a.g.c.m. prevista dall'art. 33 l. n. 287/90 e confermata dalla giurisprudenza (sentenze Corte cass. S.U., n. 52, del 5 gennaio 1994 e Corte cost., n. 204, del 6 luglio 2004). Se si ritiene però che gli interessi coinvolti dal *public enforcement antitrust* siano veri e propri diritti soggettivi, e comunque, per evitare disparità di tutela rispetto ai soggetti sanzionati in sede civile, le conseguenze di un sindacato limitato del giudice amministrativo sono di una gravità evidente. Riportando il controllo sulle sanzioni entro i principi della giurisdizione amministrativa esclusiva la tutela alle parti risulta palesemente discriminata³⁴⁶. In sintesi, l'effettività di tutela, rispetto al giudice ordinario, appare contratta davanti a quello amministrativo, circostanza che contrasta anche con i principi di riparto giurisdizionale della sentenza Cass. S.U. n. 52, del 1994. Il *deficit* di tutela si aggrava poi, considerando i limiti posti al ricorso per cassazione dopo una pronuncia amministrativa, e spinge a sostenere le posizioni di quella dottrina che richiede la concentrazione della fase giurisdizionale (esclusivamente) davanti al giudice civile ordinario³⁴⁷.

Per quanto riguarda la legittimazione ad impugnare, la questione più controversa riguarda quella dei terzi, tema già noto anche alla giurisprudenza

³⁴⁴ NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 194 ss.

³⁴⁵ In questo senso CARBONI, relazione *Influenza della giurisprudenza comunitaria sul processo amministrativo*, Bologna, maggio 2006, inedita.

³⁴⁶ Il problema è anche di legittimità costituzionale, NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 282.

³⁴⁷ NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 282 ss., argomenta per la maggior vicinanza della complessiva materia *antitrust* alla giurisdizione ordinaria, senza limiti di compatibilità costituzionale.

comunitaria, come evidenziato sopra. Laddove i giudici italiani dovessero dare un' interpretazione più restrittiva di quelli europei alle possibilità di partecipazione al processo da parte dei terzi, ne risulterebbe compromessa l'equivalenza di tutela per i soggetti del *public enforcement* decentrato in Italia³⁴⁸. Il problema dei terzi, tutt'altro che accademico, si pone quindi sia rispetto all'accesso all'*enforcer*, che rispetto alla possibilità di un controllo giudiziale sul suo operato³⁴⁹.

Tra i terzi, in particolare, è oggetto di ampio dibattito dottrinale la legittimazione del denunciante ad impugnare la decisione di non avvio dell'istruttoria, opzione costantemente esclusa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. La partecipazione del denunciante al processo è considerata sinonimo di un interesse del giudice all'acquisizione di elementi di prova e valutazione, non di quello proprio del denunciante. Tuttavia, è quantomeno criticabile la separazione tra legittimazione procedimentale e processuale, coincidenti sempre di più anche nella giurisprudenza comunitaria esaminata.

Il T.A.R. Lazio, nella citata sentenza *Tariffe dei periti* ha poi distinto due concetti che si è visto essere spesso frammisti nelle sentenze comunitarie: "la legittimazione ad agire spetta a chi affermi la titolarità della situazione giuridica sostanziale che assume essere stata lesa dal provvedimento amministrativo, mentre l'interesse al ricorso consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa". Ultimamente, la celebre sentenza Corte di Cassazione S.U., n. 2207, del 4 febbraio 2005 ha esteso le potenzialità di un esame giudiziale a chiunque vi abbia interesse, ivi compresi i consumatori, in linea con i principi comunitari³⁵⁰. Due precedenti decisioni del giudice amministrativo avevano già

³⁴⁸ L'attenzione anche del giudice amministrativo alla giurisprudenza comunitaria è senz'altro crescente, come dimostra ad es. il caso del T.A.R. Lazio, che pur ribadendo di volersi adeguare alla giurisprudenza comunitaria in materia di *ne bis in idem*, ne ha escluso l'applicabilità per difetto dei presupposti cumulativi di identità e unità.

³⁴⁹ Alcuni precedenti in materia di concentrazioni sostengono analoghe considerazioni di BONI, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dell'European Competition Network*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 854.

³⁵⁰ In *Giur. it.*, 2005, p. 914 ss. nota di SEBASTIO, p. 1675 ss., nota di CANALE e p. 1795 ss. nota di CERASO, in *Corr.giur.*, 2005, p. 337 ss. nota di PRAGNI e in *Dann.resp.*, 2005, p. 506 ss. nota di LIBONATI, BASTIANON, *Le Sezioni unite e il cartello assicurativo: problemi di giurisdizione e ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità garante*, in *Resp.civ.prev.*, 2005, p. 702 ss.; sulle altre autorità v. anche CIGLIANO, in CENDON, *La concorrenza*, vol. II, Torino, 2005, p. 832 ss.

ammesso la legittimazione ad impugnare le decisioni dell'autorità garante da parte dei terzi, precisandone i presupposti (sentenze Consiglio di Stato, *Motorola*, n. 3865, del 14 giugno 2004, *SFIR*, n. 1113, del 21 marzo 2005 e del T.A.R. Lazio, *Mars*, n. 1715, del 24 febbraio 2004). La giurisprudenza sta quindi accantonando il precedente orientamento restrittivo, che escludeva i terzi dall'impugnazione in quanto l'interesse diffuso connesso alla loro posizione non si qualificava sufficientemente e l'impugnazione era ammessa da parte del solo destinatario (anche di fatto) della decisione impugnata, con l'eccezione di chi dimostrasse l'assoluta inerzia dell'Autorità ad esaminare la propria denuncia (sentenza T.A.R. Lazio, n. 2639, del 28 marzo 2002). In alcuni casi, tuttavia, il T.A.R. aveva esaminato il merito del ricorso anche se non sussisteva la legittimazione del terzo all'impugnazione, ammettendola di fatto (sentenze T.A.R. Lazio n. 8329, del 3 ottobre 2002 e n. 7286, del 7 settembre 2001).

L'evoluzione dell'orientamento che ha portato ad ammettere l'impugnazione da parte del concorrente, ribadita di recente anche nella sentenza T.A.R. Lazio, *Infostrada*, n. 10200, del 2006³⁵¹ si basa sul principio di diritto amministrativo (e comunitario) dell'impugnabilità della decisione anche da parte di chi non ne sia destinatario ma vi abbia un interesse personale, specifico e sia titolare di una situazione giuridicamente protetta pregiudicata in modo attuale e concreto³⁵². Questa evoluzione garantisce senz'altro una più efficace tutela dei diritti degli interessati, anche in ottica di equivalenza comunitaria, ma restano da chiarire le medesime questioni che si sono poste davanti ai giudici europei, ad esempio, quale sia il livello di pregiudizio che occorra dimostrare per poter essere legittimati e se questo pregiudizio possa essere solo potenziale. Parimenti, richiede ancora tempo il consolidamento della legittimazione dei consumatori, oltre che dei concorrenti, va chiarito se sia possibile impugnare anche il rifiuto dell'Autorità ad aprire il procedimento a seguito della denuncia e se il concorrente per essere legittimato debba essere anche attivo sullo stesso mercato di riferimento³⁵³.

³⁵¹ Riguardo all'interesse ad impugnare del competitore, questo trova già riscontro nell'ordinamento, come pure quello del consumatore, protetto dalle norme antitrust seppure in via indiretta.

³⁵² Sul tema v. MAZZILLI, *Verso un pieno riconoscimento della tutela giurisdizionale dei terzi contro le pronunce dell'antitrust*, in *Il foro amm. TAR*, 2004, pp. 1434 ss.

³⁵³ Malferrari, *Annulment actions by third parties against decisions of the Italian competition authority held admissible. Change in the Italian case law: only a positive development or the opening of a Pandora's box?*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 74 ss.

Un ulteriore incognita per la futura giurisprudenza amministrativa sugli aspetti procedurali è il concreto funzionamento sia della cooperazione dell'a.g.c.m. con le altre autorità *antitrust*, che di quella con le giurisdizioni, straniere ed italiane, oltre che con la Commissione e con le autorità amministrative indipendenti italiane che abbiano competenze diverse³⁵⁴. Le differenze nei procedimenti, nei poteri e nelle garanzie coinvolte da queste interazioni, non comportano infatti solo un problema di disarmonia transnazionale, ma creano disparità di trattamento e problemi di competenza e coordinamento anche interni, in un sistema articolato e disorganizzato come quello italiano.

Riguardo agli aspetti più tecnici dell'impugnazione amministrativa procedurale, numerose sentenze italiane hanno ripreso gli orientamenti comunitari sulla legittimità delle ispezioni, sulle informazioni accessibili ai terzi, sull'esame dei documenti difensivi delle parti. Tuttavia, diversamente dalla parte più rigorosa della giurisprudenza comunitaria il T.A.R. Lazio ha stabilito, in materia di *standard* della prova dell'infrazione, che "la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust* che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente e necessaria la delineazione di indizi, purchè gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento" tra le imprese (sentenza T.A.R. Lazio, *Prezzi del latte*, n. 9878, del 2006). Parallelamente e ancor più distante dagli orientamenti comunitari, il Consiglio di Stato ha ribadito l'inversione dell'onere della prova laddove "in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte" (sentenza Cons. Stato, *Imballaggi metallici*, n. 4017, del 2006). Nella stessa sentenza si stabilisce che, indipendentemente dalla sussistenza di poteri di rappresentanza in capo ai soggetti che abbiano redatto documenti (purchè

³⁵⁴ Sentenza Cass. n. 4630, del 28 febbraio 2007, su www.cortedicassazione.it dichiara il difetto di competenza dell'autorità garante per le telecomunicazioni ad irrogare sanzioni ad imprese di telecomunicazioni per abuso di posizione dominante, sulle quali esiste una competenza esclusiva dell'a.g.c.m.; in dottrina v. ARGENTATI, *Relations between the competition authority and sectoral regulators: Italy's experience*, in *Eur.com.law rev.*, 2004, p. 306 ss. per una breve antologia delle autorità di settore italiane in rapporto con l'a.g.c.m.

attendibili), questi “esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti” e che “ lo scritto proveniente da un terzo è avvicinabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l’attendibilità”. Questi ultime proposizioni, in materia di prova, si scontrano naturalmente con una visione processual-civilistica del processo amministrativo (e a maggior ragione del procedimento), e sono anzi indizio di un *favor* anche in sede giurisdizionale per l’inquisitorietà amministrativa, svincolata anche dalle garanzie del processo penale.

Infine, va fatto un cenno alle ipotesi di procedimenti paralleli, su cui si tornerà nel prossimo capitolo, che si possono realizzare sia tra autorità amministrativa e giudice civile di merito, ma anche tra questo e il giudice amministrativo in sede di impugnazione della diffida dell’a.g.c.m.³⁵⁵. Il rischio è evidentemente quello di decisioni incoerenti. Esclusa la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità necessaria, almeno fino alla rigorosa gerarchizzazione del Regolamento n.1, il coordinamento comunitario ricorre agli intenti generali, ma in Italia il processo civile offre al giudice il solo istituto della sospensione facoltativa per gestire ogni ipotesi di coordinamento con altre decisioni, istituto che sarebbe un’eccezione utilizzare rispetto ai provvedimenti non giurisdizionali del garante e ancor più della Commissione. Il rischio di conflitto sussiste infatti *in primis* tra garante e giudice civile, ma l’ordinamento non prevede un meccanismo di coordinamento. Di conseguenza, si rafforza il senso di autonomia tra i due livelli di *enforcement*.

La giurisprudenza non ha sinora accolto i suggerimenti della dottrina in materia di utilizzo della sospensione facoltativa, mai utilizzata in un processo civile in pendenza di un procedimento amministrativo *antitrust*, nè dell’impugnazione davanti al giudice amministrativo di un provvedimento dell’a.g.c.m. In particolare, l’interpretazione restrittiva in tema di limiti alla sospensione del processo civile per pregiudizialità amministrativa rende ancora più esigui i margini per il ricorso a tale istituto, anche considerando che la giurisdizione “esclusiva” del T.A.R. Lazio è in realtà chiaramente impugnatoria.

Dal canto suo, la giurisprudenza interpreta restrittivamente il nesso di pregiudizialità tra processo civile e amministrativo, e ribadisce che la

³⁵⁵ SCUFFI, Lo stato dei rapporti tra procedimento amministrativo e giudizi civili *antitrust*, in *Riv.dir.ind.*, 1999, p. 273 ss.

sospensione per pregiudizialità richiede che il provvedimento pregiudiziale possa avere degli effetti su quello pregiudicato. Preferendo la piena autonomia tra i due livelli di *enforcement* basata sul diverso interesse che ognuno dei due protegge, risulta che la sentenza di impugnazione amministrativa non ha alcun effetto sul processo civile, ed è tendenzialmente irrilevante per esso. Diversamente, se si ritenesse che il giudice civile sia vincolato all'attività amministrativa dell'autorità garante prima, del giudice di impugnazione poi, la sospensione sarebbe necessariamente legata all'esito del preminente *enforcement* amministrativo. Tale preminenza non pare giustificata, preferendosi una parità che richiede però la ricerca di uno strumento di coordinamento più efficiente di quelli esistenti nell'attuale ordinamento.

Per quanto riguarda l'efficacia della sentenza amministrativa *antitrust* sul corrispondente processo civile di risarcimento danni, escludendo la pregiudizialità il suo utilizzo sarebbe possibile in quanto prova atipica, di discussa ammissibilità generale, così collocandola tra gli strumenti della valutazione del giudice senza ipotizzare alcun vincolo. Diversamente, se il giudice amministrativo potesse accertare pienamente il merito in sede di impugnazione della decisione dell'a.g.c.m., anche il valore della sentenza nel processo civile cambierebbe. A margine di questa breve riflessione, va infatti sottolineato che è dubbia anche la capacità stessa della decisione del giudice amministrativo in materia *antitrust* di "fare stato" e questo allontana ancora di più ogni ricostruzione in termini di pregiudizialità. Se non si ritiene, come si è detto, che il giudice civile sia tenuto a conformarsi alla decisione amministrativa, questi non è vincolato neppure dal rigetto dell'impugnazione, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza, almeno riguardo alla legittimità del provvedimento impugnato (sentenza Cass. S.U., n. 4573, del 5 giugno 1998). Si fa riferimento a questa diversità di vedute per evidenziare ancora una volta le difficoltà di estrarre orientamenti chiari ed adeguati alle esigenze degli interessi coinvolti, in un sistema in cui gli organi di controllo si moltiplicano senza coordinarsi. Evidentemente, si tratta di un rischio che si ripropone sul piano sopranazionale e che si aggrava per i paesi che al loro interno non si dotino quanto prima di una normativa efficace.

III. PROCESSO E *PRIVATE ENFORCEMENT*

3.1 *Private enforcement* comunitario.

Come già accennato nei precedenti capitoli, il sistema comunitario di repressione delle violazioni *antitrust* disegnato dal regolamento n. 1/2003/Ce comprende anche un livello di *enforcement* privato davanti ai giudici nazionali, chiamati ad applicare direttamente i divieti nelle azioni civili³⁵⁶. Tuttavia, le regole processuali cui fare riferimento per la disciplina di questa forma di contenzioso giurisdizionale sono quelle previste dal diritto nazionale, con le riserve che questa scelta reca con sé, in termini di omogeneità della tutela.

Nonostante le complessità del sistema di azioni private in questa materia e la necessità di rispettare l'autonomia degli stati nella disciplina processuale, la possibilità di adire direttamente un giudice per far valere il proprio diritto all'applicazione del divieto *antitrust*, eventualmente richiedendo la condanna del trasgressore al risarcimento, è giustamente un aspetto imprescindibile del sistema di *enforcement* considerato nel suo complesso. Si tratta di una sede di

³⁵⁶ KUNEVA, Commissario Ue consumatori, *Il Lisbon Competition Conference*, Lisbona 15 e 16 novembre 2007, v. anche GINSBURG, *ibidem*, per un confronto con i dati U.S.A., e COOK, per il rapporto tra *public* e *private enforcement* nella giurisprudenza comunitaria. La giurisprudenza comunitaria citata è reperibile sulla Raccolta della Corte di giustizia e del Tribunale o sul sito <http://curia.europa.eu>

tutela ineliminabile per garantire ai privati la completa tutela dei diritti previsti dalle norme. Ciononostante, le parti sono finora state riluttanti ad utilizzare questo strumento, a causa di una serie di ostacoli su cui ci si soffermerà in seguito.

Per contrastare lo scarso sviluppo del *private enforcement antitrust*, che accomuna tutti gli stati dell'Unione, le istituzioni comunitarie hanno optato da tempo, almeno formalmente, per una strategia di incentivo alla tutela civile privata, pur continuando a delegarne la disciplina agli stati nazionali. Recentemente, si è però passati dalle intenzioni alla pratica, con la redazione di uno specifico documento ufficiale, il Libro verde del 2005 sul risarcimento dei danni conseguenti ad illeciti *antitrust*³⁵⁷. Si tratta di un atto di orientamento non vincolante e neppure strettamente normativo, che però ha il pregio di aver ufficialmente aperto un confronto con gli stati per il raggiungimento di obiettivi concreti e l'adozione di linee condivise in risposta alle numerose carenze del sistema³⁵⁸. Con questo intervento la Commissione ha innanzitutto preso atto della situazione presente e ha creato uno spazio per la ricerca di soluzioni utili per il futuro. Gli stati hanno risposto con interesse, collaborando e contribuendo in modo spesso critico a ridisegnare il quadro di opzioni prospettato dalla Commissione nel Libro. In sostanza, l'utilità principale di questa operazione risiede soprattutto nella possibilità che il Libro offre per analizzare le reazioni degli stati su questo tema. La realizzabilità concreta delle soluzioni, oltre alla loro accettabilità in termini istituzionali e culturali, hanno così trovato entrambe

³⁵⁷ Libro verde sulle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole *antitrust*, COM(2005) 672 def. e allegato documento di lavoro della Commissione SEC(2005) n. 1732, cit., del 19 dicembre 2005, su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. Diversamente dagli U.S.A., dove oltre il 90% degli illeciti *antitrust* viene gestito dal contenzioso civile, nell'Unione europea l'utilizzo delle azioni civili è sinora stato utilizzato molto poco rispetto al *public enforcement*, anche a causa del meccanismo precedente al regolamento n. 1/2003/Ce, che riservava la decisione di esenzione alla Commissione (art. 81, n. 3). Altri elementi dissuasori sono i costi delle azioni civili, l'onere della prova e il dibattito sui rimedi per risarcire il danno, che gli stati europei hanno trasferito sul piano comunitario, A. JONES, SUFRIN, *EC competition law*, Oxford, 2004, cit., p. 1189 ss.; è favorevole alla promozione comunitaria del *private enforcement* C. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *World comp.*, 2004, 15 ss. con un tentativo di critica a WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World comp.*, 2003, p. 473 ss., a sua volta contrario allo sviluppo delle azioni civili oltre il livello attuale.

³⁵⁸ AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *I contr.*, 2005, p. 404 ss.; DIEMER, *The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 311 ss.; PHEASANT, *Private damages actions*, in *Comp.law ins.*, 2006, vol. 5, n.2, p. 8 e n. 3, p. 7 l'a. è certo che il Libro verde produrrà un incremento del contenzioso privato *antitrust* e analizza anche il *working paper* della Commissione riguardo al tema dell'onere della prova, infine, *idem*, n.8, p. 8 s., esamina le risposte al Libro verde delle istituzioni nazionali, spesso critiche sulle proposte della Commissione (ad es. si nota un generale rifiuto all'introduzione delle azioni collettive e dei danni doppi).

un'occasione per emergere prima che l'azione comunitaria si cristallizzasse in forme precettive.

L'elemento che si offre come principale spunto di critica nell'attuale quadro del contenzioso civile *antitrust* comunitario, può essere ricondotto alla disomogeneità e mancanza di armonizzazione tra gli stati già esaminate a proposito del (già più uniforme) livello pubblico di *enforcement*. Le autorità nazionali seguono infatti il modello comunitario più da vicino. Nonostante questo, le differenze che esistono tra loro possono creare i veduti problemi di non uniforme applicazione. Inoltre, laddove si tratti di organi amministrativi, le autorità non hanno tecnicamente lo stesso obbligo dei giudici di garantire ai diritti contenuti nelle norme un livello di tutela equivalente. Non hanno neppure quello di emanare decisioni destinate alla circolazione ed idonee a costituire, quantomeno orientamenti interpretativi, se non addirittura veri e propri precedenti. Anche per il rinvio integrale alla disciplina nazionale operato dalle norme comunitarie sui giudizi civili *antitrust*, emerge con ancora maggiore evidenza la necessità di un'armonizzazione processuale e sostanziale tra gli stati, visto che il tasso di autonomia e diversificazione giurisdizionale tra loro è molto superiore e di più difficile soluzione rispetto a quello riscontrabile nei procedimenti amministrativi.

Il punto da cui è partita la Commissione nell'adozione del Libro verde e, prima, nel formulare gli intenti del regolamento n. 1/2003/Ce può essere riassunto in un semplice dato di fatto. Rispetto al numero di procedimenti amministrativi *antitrust*, quello delle liti civili è sempre stato molto inferiore. Come già accennato, lo scarso sviluppo del *private enforcement* ha riguardato tutti i paesi dell'Unione, indipendentemente dalle loro opzioni processuali. Le azioni civili per ottenere accertamenti e compensazioni, se pure sono l'unica sede in cui i privati possono ottenere la tutela del loro diritto soggettivo al risarcimento, non sono appetibili per gli interessati, che infatti non utilizzano questo strumento. Il dato statistico a cui si fa riferimento, che ha motivato la revisione critica delle precedenti politiche comunitarie è emerso dal rapporto Ashurst³⁵⁹ del 2004. Si tratta di uno studio che ha tentato di fotografare la diffusione delle azioni civili *antitrust* nell'Unione europea e che ne ha

³⁵⁹ http://europa.eu/comm/competition/antitrust/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf

stigmatizzato senza mezzi termini il “completo sottosviluppo”, anche dal punto di vista normativo. Dopo la diffusione di questi dati empirici, la Commissione si è determinata all'adozione del Libro verde, ma la dottrina ha comunque escluso, con giusta ragione, che nell'immediato futuro sia prevedibile un aumento dell'interesse a percorrere la via giudiziaria, quantomeno per i risarcimenti *antitrust*³⁶⁰.

Il rapporto Ashurst non ha potuto tenere conto dell'impatto del regolamento n. 1/2003/Ce sullo sviluppo delle azioni civili *antitrust*, ma va chiarito che tale norma non ha previsto novità rilevanti sotto il profilo del *private enforcement*, salvo il rinvio ai giudici e a i procedimenti nazionali e l'auspicio di un incremento del contenzioso, da provocare con altri mezzi. Una possibile ricaduta processuale della riforma del 2003 sui giudizi civili *antitrust* può tuttavia ravvisarsi come conseguenza dell'eliminazione della notifica preventiva degli accordi per chiedere l'esenzione. Si tratta di una modifica che permetterà di azzerare le pratiche difensive dilatorie, che presentando alla Commissione la richiesta di esenzione in pendenza della lite utilizzavano la conseguente sospensione del processi per rallentare l'*iter*³⁶¹. La decisione sulla sussistenza di un'esenzione era infatti, evidentemente, pregiudiziale all'accertamento del giudice in merito alla violazione del divieto *antitrust*, e doveva essere quindi emanata prima che si potesse proseguire con il processo. Spesso, queste circostanze venivano sfruttate per ritardare l'esito del giudizio, senza che i presupposti per ottenere l'esenzione in sede comunitaria sussistessero realmente. Il regolamento n. 1/2003/Ce ha previsto che il giudice possa direttamente applicare l'art. 81, n. 3 accertando da sé la sussistenza dei presupposti di esenzione. Questa verifica si porrà, presumibilmente, sempre preliminarmente ad ogni accertamento sulla violazione, ma potrà essere

³⁶⁰ RILEY, PEYSNER, *Damages in EC*, cit., p. 749, tra i vari problemi del sistema di *private enforcement* gli aa. citano l'effetto frenante della durata, dei costi e dell'incertezza dei processi, soprattutto in sistemi nazionali disomogenei, in alcuni casi, con lacune nell'individuazione di giurisdizione e responsabilità *antitrust*; sulla stessa linea REICH, *The “Courage” doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?*, in *Comm. mar.law rev.*, 2005, p. 65 s., che intravede una tendenza verso una forma di armonizzazione processuale affidata ai giudici nazionali e quindi “*bottom-up*”, su questa opzione la dottrina non è però concorde, preferendo molti aa. la via legislativa di armonizzazione, v. EILMANSBERGER, *The green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Comm.mar.law rev.*, 2007, p. 463.

³⁶¹ WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, cit., p. 20 ss. Sull'ininfluenza del regolamento n. 1/2003/Ce per lo sviluppo del *private enforcement*, la dottrina è concorde, v. anche NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 117.

espletata internamente al processo ed evidentemente in via incidentale. Una prima conseguenza del regolamento n.1/2003/Ce sul contenzioso civile *antitrust* è dunque quella di privare le parti della c.d. euro-difesa a fini dilatori³⁶².

Le ragioni dello scarso ricorso alle azioni civili sono note da tempo agli interpreti e non sono emerse soltanto in occasione del rapporto Ashurst. Da quel momento però, esse sono diventate oggetto di un approfondimento particolare, perchè le istituzioni comunitarie non si sono accontentate di una presa d'atto del prevalente utilizzo del canale pubblico di *enforcement*, ma si sono poste l'obiettivo di potenziare quello privato, anche nell'ottica di incrementare l'efficienza sistematica dei controlli e delle sanzioni cui si è già fatto cenno. La sede contenziosa civile è infatti un anello importante che completa la rete e le forme del controllo *antitrust* e che, se correttamente sviluppato, potrebbe alleggerire non di poco il carico di lavoro e costi sopportato oggi quasi esclusivamente dall'apparato amministrativo (nell'accezione ampia consentita dall'art. 35 del regolamento n. 1).

Da quanto precede risulta corretta l'opinione di quegli interpreti che individuano la ragione principale dello scarso sviluppo del *private enforcement* essenzialmente alle enormi differenze processuali esistenti tra i vari stati dell'Unione, in particolare, rispetto alle attività istruttorie³⁶³. La mancata armonizzazione processuale si traduce evidentemente in una fonte di incertezza e di mancanza di tutela per le parti, con rischi di *shopping* ed interpretazioni difformi nei diversi giudizi nazionali. Intraprendere una azione civile, superate le incognite legate all'individuazione del giudice competente, espone i privati a procedure non sempre conosciute, quasi mai equivalenti e troppo spesso insufficienti a raggiungere l'obiettivo di una tutela piena.

Inoltre, la dottrina sottolinea unanime le difficoltà di promuovere lo sviluppo del contenzioso privato *antitrust* in un contesto come quello europeo caratterizzato da una profonda diversità tra gli stati membri, non solo sul piano processuale, ma soprattutto su quello culturale. Il potenziale interessato al ricorso giurisdizionale si deve fare carico di una serie notevolissima di rischi e di

³⁶² LENAERTS, GERARD, *Decentralisation of EC competition law enforcement: judges in the frontline*, in *World comp.*, 2004, p. 315 ss.

³⁶³ RILEY, *Beyond leniency: enhancing enforcement in EC antitrust law*, in *World comp.*, 2005, p. 383 ss., che naturalmente non manca di sottolineare l'importanza delle barriere secondarie: diversità culturali, *standard* della prova, causalità, giurisdizione e lo stesso diritto al risarcimento sancito nella sentenza *Courage*, ma interpretato discrezionalmente dai giudici nazionali.

anche maggiori costi (una delle poche certezze che emergono in questo settore)³⁶⁴. In particolare, chi agisca in una sede civile europea sopporta un rischio molto elevato di pagare alte spese legali in caso di soccombenza³⁶⁵ a questo si aggiunge l'enorme difficoltà nell'acquisizione della prova necessaria a sostenere la propria domanda (aumentando le probabilità di soccombenza e di pagamento delle spese). L'onere della prova è quindi un ulteriore freno all'azione privata, che si attenua soltanto se questa venga instaurata successivamente ad un provvedimento dell'autorità amministrativa, nei limiti previsti dagli ordinamenti nazionali per dare ingresso alla prova amministrativa nel processo. Anche su questo delicatissimo aspetto gli ordinamenti sono spesso, come si vedrà, carenti e non uniformi. Oltre all'incerto effetto da attribuire (eventualmente) alle decisioni amministrative nel processo civile, sulle azioni risarcitorie pesa poi non poco la necessità di salvaguardare le politiche nazionali di clemenza³⁶⁶. La difficoltà riguarda anche la possibilità di ammettere una compensazione per i consumatori, anche nel caso di azioni collettive, in particolare, perché i generali problemi di quantificazione del danno si aggravano se questo abbia comportato un costo aggiuntivo per il consumatore finale, ma sia però stato trasferito sull'intero mercato dall'impresa interrompendo il nesso di causalità (c.d. *passing-on*).

Insieme alle vedute ragioni tecniche e processuali, ha poi certamente un peso negativo sullo sviluppo del contenzioso civile *antitrust* anche la mancanza di incentivi, che non riescono ad attirare le parti nel processo anche se in questo modo esse rinunciano al proprio diritto al risarcimento, che non può essere avanzato nelle sedi amministrative³⁶⁷. L'ordinamento statunitense, che fa

³⁶⁴ BAKER, *An uncertain road ahead*, in *Comp. law ins.*, 2007, p. 3 s. Sulle incognite conseguenti all'esclusione della materia *antitrust* dalla Convenzione di Le Hague sulla giurisdizione, v. RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust claims: why exclude them from the Hague jurisdiction and judgements convention?*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 788 s.

³⁶⁵ RILEY, PEYSNER, *Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?*, in *Eur.law rev.*, 2006, p. 760 s., suggeriscono il modello di *contingency fees* del Quebec.

³⁶⁶ BOGE, *Leniency programs and the private enforcement of European competition law*, in BASEDOW, *Private enforcement of EC competition law*, The Netherlands, 2007, p. 220 riassume alcuni dei possibili punti di conflitto tra l'azione civile e le politiche di clemenza (innalzamento delle richieste di danni, svantaggio per il soggetto che per primo segnali la violazione, inapplicabilità di regole di *discovery*). Le azioni civili di solito vengono radicate dopo la decisione amministrativa, mentre le richieste di clemenza sono ovviamente precedenti, con il rischio che le informazioni fornite possano fondare azioni risarcitorie. I possibili vantaggi di ogni riforma vanno confrontati con gli svantaggi (in particolare l'introduzione dei danni multipli o delle regole di *discovery* sul modello U.S.A.), comunque, sia il *public* che il *private enforcement* necessitano del buon funzionamento della clemenza e viceversa.

³⁶⁷ RILEY, *Beyond*, cit., p. 385, suggerisce la necessità che la Commissione si faccia carico della formazione dei giudici e approfondisca, con risorse adeguate, lo studio delle barriere di accesso al *private*

da modello all'Europa per il grande successo delle azioni civili *antitrust*, prevede invece forme di risarcimento maggiorato (c.d. *treble damages*) e di alleggerimento dei costi (*class action* e tariffe legate all'esito del processo), che servono per incoraggiare le parti ad intraprendere la via giurisdizionale. Si tratta, come si vedrà, di strumenti che hanno già rivelato i loro limiti nel sistema americano, ma che sono certamente funzionali all'obiettivo di alimentare il contenzioso civile. I dati confermano infatti che negli Stati Uniti quasi tutte le violazioni *antitrust* sono gestite in sede giurisdizionale di merito.

A fronte dei veduti limiti sistematici che contraddistinguono forse inevitabilmente il contesto comunitario, parte della dottrina, pur ammettendo l'opportunità di potenziare le azioni di risarcimento privato *antitrust*, si è premurata di sottolineare la superiorità del *public enforcement*, quantomeno per garantire il rispetto delle regole in modo efficace. E'indubitabile, del resto, che il sistema pubblico sia superiore a quello privato sia nell'indagine che nella sanzione (per citare ancora gli U.S.A., il giudice è stato dotato di strumenti di indagine fondamentali per scoprire e reprimere illeciti "occulti" come quelli *antitrust*, ma si tratta di un'opzione processuale estranea al sistema comunitario e non esente da critiche, sia formali che sostanziali). L'applicazione pubblicistica dei divieti può vantare anche un miglior controllo sulla correttezza del livello di sanzione irrogata, garantendo una prassi più uniforme e, da questo punto di vista, più giusta ed efficace. In linea con questo ragionamento, se il contenzioso civile fosse inteso come uno strumento per aggravare le conseguenze negative dell'illecito allo scopo di migliorare la repressione delle condotte illegittime, è corretto ritenere che sotto questo limitato profilo (di interesse, in ultima analisi, pubblico), basterebbe intervenire innalzando la soglia di quelle previste per le autorità amministrative. Diversamente, se si avesse soprattutto interesse a migliorare l'efficacia nell'accertamento degli illeciti, ovvero se le azioni civili fossero intese solo come un mezzo per garantire un controllo più diffuso e capillare che consentisse di punire un maggior numero di infrazioni, potrebbero essere potenziate le risorse ed i poteri delle autorità pubbliche, senza necessità di intervenire sul settore giudiziario. A favore della superiorità del controllo pubblico militano anche ragioni economiche, perché

enforcement, eventualmente fornendo delle linee guida agli interessati e ai giudici.

come si è detto il contenzioso privato è più costoso per le parti (nel sistema amministrativo ci sono risorse stabilmente deputate alla quantificazione e alla dimostrazione del danno, gli operatori sono più specializzati e i costi amministrativi sono minori di quelli giudiziari)³⁶⁸. Questa teoria è indubbiamente realistica e pragmatica, anche se neppure il sistema amministrativo appare immune da critiche e lacune, come si è evidenziato nel precedente capitolo.

Preliminarmente, è interessante rilevare che la dottrina si sia interrogata in modo compiutamente critico sul problema, prestando attenzione non alle difficoltà di un possibile intervento su uno strumento così complesso e poco utilizzato come il *private enforcement*, ma mettendo in discussione la necessità stessa di incrementare questo tipo di *enforcement* oltre il suo già consolidato ruolo complementare e limitato. La critica più efficace all'espansione del settore di contenzioso civile muove dagli obiettivi pubblicistici delle norme *antitrust* comunitarie, identificati essenzialmente nella deterrenza e nella giustizia compensativa. Entrambi gli obiettivi comportano costi e rischi per essere raggiunti³⁶⁹, ma il *public enforcement*, risulta comparabilmente più efficace ed eventualmente potenziabile per esigenze di maggiore deterrenza. La giustizia correttiva invece, non avrebbe un sufficiente grado di sostegno sociale e sarebbe ancora troppo costosa rispetto al sistema pubblico³⁷⁰.

Evidentemente tutti gli argomenti citati non colgono il fenomeno nella sua interezza, perché confrontano il *public* e il *private enforcement* solo sul piano dell'interesse pubblico, necessariamente portando acqua alla maggior adeguatezza allo scopo dell'applicazione pubblicistica dei divieti. In sostanza, la premessa è funzionale alla conclusione che si vuole raggiungere. Per ricostruire correttamente la situazione è dunque necessario cambiare prospettiva. Il sistema di controllo sulle violazioni *antitrust* richiede necessariamente che si preveda una sede deputata al risarcimento del diritto soggettivo, in particolare del terzo estraneo alla fase amministrativa. Questo specifico tipo di tutela deve essere accessibile nel rispetto delle garanzie giurisdizionali ed all'interno di un meccanismo coerente con le altre misure deterrenti e premiali³⁷¹. Lo scopo

³⁶⁸ WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, cit., p. 118 ss.

³⁶⁹ WILS, *Should private antitrust*, cit., p. 478 ss.

³⁷⁰ WILS, *Should private antitrust*, cit., pp. 484 e 488.

³⁷¹ Il tema del *private enforcement* si lega strettamente a quello della tutela dei consumatori, come dimostrato in Italia dal caso c.d. *R.C. auto (Unipol)*, in cui l'autorità garante della concorrenza ha

prevalente nel sistema delle norme *antitrust*, è certamente quello di servire l'interesse pubblico. La prevalente funzione pubblica del relativo sistema di controllo ha portato a svilupparne maggiormente le forme pubblicistiche. Questa considerazione, unitamente al dato fattuale del poco *appeal* del contenzioso civile hanno certamente un peso nella valutazione da dare all'*enforcement* privato ed alle istanze per svilupparlo. Tuttavia, non si ritiene sufficiente prendere atto della capitolazione del giudizio civile rispetto al procedimento amministrativo, oltre che per le ragioni sistematiche già accennate, anche perché la politica comunitaria, comunque, va nella direzione di promuovere lo sviluppo delle azioni civili *antitrust*.

Riportata così l'azione civile entro la propria funzione di assicurare la tutela dei diritti del privato, la superiorità (qualitativa) dell'*enforcement* pubblico perde consistenza, proprio perché si tratta di due ambiti complementari e diversi, ma non sovrapponibili. Solo l'azione privata può fornire alla parte la tutela dei diritti soggettivi che in sede pubblica sono solo mediati da generiche istanze di repressione ed efficienza. L'esigenza di un corretto e potenziato sviluppo del *private enforcement* non va quindi cercata nel confronto, perdente, sul piano della funzione pubblica, ma piuttosto nella natura propriamente privatistica dello strumento giurisdizionale *antitrust*. Rovesciando la prospettiva non si può quindi arrivare a ritenere che, poiché la tutela privata non è attualmente efficace, perché inadeguata, poco repressiva e troppo costosa per il singolo, questo ne denunci il minor valore qualitativo rispetto alla tutela offerta al livello pubblico.

Al contrario, il privato dovrebbe essere messo in condizione di ottenere una tutela piena, efficace e meno onerosa anche nella sede civile proprio per l'importanza che essa ha in termini funzionali. Infatti, è solo davanti al giudice che il privato potrà azionare i propri diritti soggettivi in modo compiuto. Se questa esigenza di tutela, non surrogabile dal piano pubblico, non viene soddisfatta per le carenze che l'ordinamento riversa su quello privato, pare più ragionevole porsi nell'ottica di una correzione dell'ordinamento stesso, piuttosto

sanzionato il cartello delle assicurazioni sulla base della l. n. 287/90, aprendo la strada alla prima vera ondata di azioni italiane per il risarcimento *antitrust* ai consumatori; MICKLITZ, *Consumers and competition – access and compensation*, in *Eur. law rev.*, 2006, p. 6 ss.; NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 2; INZITARI, *Antitrust e risarcimento del danno*, in *Dann.resp.*, 2005, p. 498 ss.; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Dann.resp.*, 2005, p. 237 ss.

che accettare il sacrificio del diritto, laddove questo non coincida con l'interesse pubblico alla repressione dell'illecito. In particolare, questo ragionamento è ben evidenziato dal caso del diritto al risarcimento: l'accordo vietato potrebbe essere invalidato anche in sede amministrativa e il responsabile condannato ad una sanzione, ma solo il giudice può riconoscere al privato il risarcimento per il danno patito. Portando il ragionamento all'estremo può ritenersi che l'interesse (generale) alla correttezza degli attori di mercato, presidiato dal divieto *antitrust*, comprenda sia l'interesse pubblico alla repressione, che il diritto soggettivo al risarcimento. Entrambi gli aspetti possono essere allora intesi quali manifestazioni della sanzione sociale per chi viola il precetto, che concretizzano non tanto un aumento quantitativo della pena, quanto una diversificazione qualitativa della medesima. Si copre in questo modo un'area di tutela non coincidente con quella pubblicistica, ma ugualmente meritevole di riconoscimento, rappresentata dalla compensazione del danno arrecato dall'illecito ai membri dello stesso mercato. Secondo la ricostruzione proposta, l'interesse pubblico alla repressione degli illeciti si specifica dunque anche nella possibilità di richiedere un risarcimento per la violazione dei divieti. A ragionare diversamente, anche se la quantità di sanzione (o di denaro) versata dal responsabile potrebbe essere tutta ricompresa nell'ammenda amministrativa, verrebbe a mancare quella parte di tutela, risarcitoria e individuale, necessaria per completare qualitativamente il sistema.

Le critiche basate sui limiti al funzionamento del *private enforcement* sono più problematiche da contrastare di quelle basate sulla sua funzione. Infatti i costi, le risorse e gli strumenti processuali inadeguati all'accertamento *antitrust* sono obiettivamente un problema. Pare corretto ritenere, però, che tale problema vada risolto sul piano legislativo e che il riconoscimento della sua esistenza non giustifichi l'abbandono del *private enforcement* ai margini del sistema. I limiti strutturali e processuali di cui ci si occupa sono il risultato e non la causa del problema, essendo a loro volta scaturiti dall'inadeguatezza, soprattutto normativa, del sistema comunitario. A questo ragionamento può giustamente essere ribattuto che gli interventi legislativi necessari dovrebbero essere armonizzati e coerenti, richiedendo competenze e volontà anche politiche superiori forse alle attuali possibilità, ma trascurare il *private*

enforcement per una sua presunta inferiorità ontologica, comporterebbe gravi discriminazioni nei diritti, fondandole su una ricostruzione scientifica non condivisibile. Demolire un'automobile perché non funziona può non essere l'opzione preferibile, almeno se il motivo per cui non funziona è la mancanza di carburante.

Anche la Commissione è evidentemente propensa ad un approccio costruttivo rispetto al *private enforcement*, anche se è ancora alla ricerca delle forme di intervento che lo potranno rendere concretamente utilizzabile e pienamente complementare rispetto al sistema pubblico di applicazione dei divieti *antitrust*. In particolare, il Libro verde sul risarcimento pone sul tavolo numerose questioni, tra cui l'ampliamento degli interessati all'applicazione dei divieti *antitrust* per ricomprendervi anche, ma non solo, i consumatori. Estendendo la legittimazione anche a soggetti che resterebbero, individualmente, esclusi dal sistema pubblico di applicazione *antitrust* si presuppone anche il necessario adeguamento del contenzioso privato, ad esempio introducendo strumenti come le *class action*³⁷². La dottrina più attenta ha rinvenuto nel Libro verde anche una precisa intenzione di miglioramento delle carenze e differenze presenti nei vari sistemi nazionali, ma tra gli interessati è tutt'ora prevalente un senso di generale diffidenza per le azioni di risarcimento *antitrust*³⁷³. Giustamente, viene anche sottolineato che molte delle premesse del Libro Verde non sono sostenute da dati empirici, *in primis*, rispetto alla reale (o potenziale) entità della *private litigation*.

Posto che il principale problema è quello della mancata armonizzazione processuale, e che esso attira inevitabilmente a sé ogni ipotesi di soluzione, pare inevitabile misurarsi a breve con la seria prospettiva di una riforma coerente dei sistemi processuali nazionali. La parte della dottrina che sottolinea l'urgenza di questa riforma complessiva del sistema processuale civile di tutta l'Unione, non solo riguardo alla materia *antitrust*, pecca però forse di eccessivo pessimismo affermando che la riforma sperata sarà possibile solo con un grande scandalo che colpisca l'opinione pubblica e comporti gravi danni sociali,

³⁷² HODGES, *Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?*, in *Comm.mar.law rev.*, 2006, p. 1389 ss.

³⁷³ HODGES, *Competition enforcement*, cit., p. 1397 ss.

facendo emergere un bisogno di tutela di cui per ora, effettivamente, i cittadini sono poco consapevoli³⁷⁴.

Dopo aver delineato i profili teorici della questione, è opportuno soffermarsi brevemente sul dato tecnico dell'“azione civile di *private enforcement*”. Va innanzitutto tenuto presente che, inizialmente l'azione civile *antitrust* ha avuto ad oggetto la sola nullità degli accordi comminata direttamente dal trattato. Si trattava soprattutto di quei casi in cui la declaratoria di nullità del contratto veniva richiesta a fronte di una domanda di adempimento-esecuzione. In questo senso i divieti *antitrust* vengono usati nel processo come “scudo” difensivo. Si tratta di una funzione del contenzioso complementare al *public enforcement*, consolidata e ammessa anche dalla dottrina più critica sulla *ratio* del *private enforcement*. Tuttavia, lo sviluppo di quest'ultimo mira soprattutto a potenziare l'uso degli altri due tipi di azioni civili, quelle risarcitorie e quelle cautelari. Come si è già detto, però, né il regolamento n. 1/2003/Ce, né la Comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni hanno inciso sugli aspetti più deboli del sistema. Optando per la massima autonomia processuale tra gli ordinamenti, l'Unione non è di fatto ancora intervenuta per incrementare il ricorso all'azione privata e le norme comunitarie non hanno portato nel sistema quella rassicurazione, quella certezza e quegli incentivi necessari per aumentare il novero dei potenziali ricorrenti civili³⁷⁵.

Uno dei rischi non secondari e non risolti che si potrebbero accompagnare allo sviluppo del contenzioso civile risarcitorio consiste nella possibilità che per questa via si scoraggi il ricorso alla clemenza, perchè le informazioni fornite insieme alla richiesta di clemenza potrebbero in qualche modo spingere a radicare azioni di risarcimento private. Il *whistle blower* infatti, come il danneggiato, subisce le incognite del sistema come una forma di limitazione del proprio diritto. Finché restano margini (indefiniti) di utilizzabilità delle informazioni fornite con la richiesta di clemenza, magari proprio per incentivare lo sviluppo delle azioni risarcitorie, la disponibilità dei partecipanti alle intese segrete a rivelare gli accordi illeciti sarà molto limitata, minando fortemente la possibilità che questi vengano scoperti. Per questo la dottrina auspica che siano predisposte rapidamente forme di tutela efficaci per il

³⁷⁴ RILEY, PEYSNER, *Damages in EC*, cit., p. 761.

³⁷⁵ EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 434 ss.

richiedente clemenza, rispetto alle azioni civili successive. Purtroppo il meccanismo di *enforcement* comunitario presuppone che i vari livelli di controllo siano perfettamente integrati, e funzionino tutti contemporaneamente in modo complementare. Questa scelta strategica ambiziosa richiede che gli strumenti previsti vadano potenziati e coordinati in modo coerente, senza trascurarne qualcuno a vantaggio, solo apparente, di altri. Il sistema funziona correttamente sul presupposto di una interazione sofisticata, difficile da realizzare, ma necessaria.

Come già accennato, l'impulso europeo allo sviluppo del contenzioso privato *antitrust*, non può non confrontarsi costantemente con la più radicata e risalente prassi giurisdizionale americana, che tuttavia, per le sue differenze con il sistema comunitario e per i limiti che ha già rivelato, funge talvolta anche da monito e non solo da esempio. Da questo punto di vista l'Europa può sfruttare il proprio ritardo traendone un vantaggio, con l'intento di migliorare il già sperimentato modello americano³⁷⁶. I correttivi principali all'attenzione della Commissione nel Libro verde riguardano ad esempio il riconoscimento di danni in misura minore rispetto agli U.S.A., che però anche grazie a questa forma di incentivo hanno ottenuto il grande sviluppo delle azioni private³⁷⁷. Lo stesso vale per il temperamento alle regole di aggressiva *discovery* americana, a cui non corrispondono però strumenti altrettanto utili (né omogenei) al ricorrente che debba portare le prove dell'illecito e del danno davanti ai vari giudici europei³⁷⁸. La dottrina suggerisce cautela nell'importazione di istituti eteronomi e la previsione di meccanismi di controllo che frenino gli eventuali abusi nelle molteplici forme che questi possono assumere in un contesto giurisdizionale complesso, come gli U.S.A. stessi dimostrano³⁷⁹. In particolare, dovranno essere evitati sia i rischi di incentivo alle azioni temerarie, sia la sottrazione di

³⁷⁶ MARTIN, *Private antitrust litigation in Europe: what fence is high enough to keep out the US litigation cowboy?*, in *Eur.com.law rev.*, 2007, p. 2 ss.; RUGGERBERG, SCHINKEL, *Consolidating antitrust damages in Europe: a proposal for standing in line with efficient private enforcement*, in *World comp.*, 2006, p. 399 ss. per una panoramica sul sistema statunitense a sostegno della proposta di un'unica procedura centralizzata di risarcimento di tutti i danni provocati dalla stessa violazione *antitrust*.

³⁷⁷ WALLER, *Towards a constructive public-private partnership to enforce competition law*, in *World comp.*, 2006, p. 368 ss. utilizza il paragone tra gli U.S.A. e l'Unione europea per ricostruire le ragioni della recente tendenza alla contrazione del *private enforcement* in America (*"under attack today in the U.S.A."*) e dell'espansione (sperata) in Europa, ma conclude, pessimisticamente, che solo sviluppando una maggiore cultura della concorrenza nella società si possa riuscire a migliorare il sistema di *enforcement*.

³⁷⁸ RILEY, PEYSNER, *Damages*, cit., p. 751 ss. confrontano i *treble damages* e la *discovery* americani col sistema europeo.

³⁷⁹ MARTIN, *Private antitrust*, cit., p. 5.

alcuni diritti alla tutela giurisdizionale per le troppe difficoltà nel reperimento delle prove o per la lentezza dei processi. Anche queste considerazioni si risolvono insomma nell'esigenza fondamentale di garantire l'efficienza del sistema giurisdizionale complessivo, che nel caso europeo è costituito dalla somma degli ordinamenti nazionali.

Tra i vantaggi connessi all'incremento del contenzioso privato, oltre al risparmio di risorse pubbliche con un miglioramento dell'efficienza anche del *public enforcement*, va ricordato quanto esposto nel precedente capitolo a proposito del funzionamento della deterrenza. Per funzionare correttamente essa richiede infatti tanto la sanzione pubblica, quanto il risarcimento privato, oltre alla possibilità di premiare la collaborazione dell'impresa. Infine, l'azione risarcitoria è la sola possibilità per il danneggiato di ottenere la compensazione della lesione del suo diritto per violazione delle norme *antitrust*.

Per quanto già esaminato e per il ruolo delle azioni civili, soprattutto risarcitorie, nel sistema di controllo *antitrust*, è realmente necessario percorrere la strada dell'incremento qualitativo degli strumenti del *private enforcement*. Si tratta di un percorso già iniziato dalla Commissione, forse troppo timidamente. L'aumento quantitativo del contenzioso discenderà come logica conseguenza dai miglioramenti nel suo funzionamento. Per raggiungere l'obiettivo pare corretta l'opzione della prevalente dottrina, che richiede l'impiego di specifici atti normativi comunitari, piuttosto che lasciare che siano le giurisprudenze nazionali a sviluppare, lentamente, una prassi applicativa coerente ed efficace³⁸⁰. La principale ragione a sostegno di questa scelta è la celerità, ma la seconda, non trascurabile, è che solo così si può ottenere il necessario livello di coerenza. Inoltre, poiché il miglioramento del sistema passa attraverso una revisione delle regole processuali nazionali, è escluso che possano essere i giudici ad operare questa modifica con lo strumento *soft* dell'interpretazione giurisprudenziale.

Una volta scelto lo strumento da utilizzare, sacrificando in parte l'autonomia degli stati in materia processuale, il legislatore comunitario potrebbe affrontare gli aspetti processuali che frenano il funzionamento dei processi *antitrust* davanti ai giudici nazionali. I principali problemi da risolvere

³⁸⁰ VAN GERVEN, *Private enforcement of EC competition rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the way ahead*, in *Private enforcement of EC competition law*, cit., p. 30 ss.

sono legati all'individuazione dei limiti al diritto ad agire, agli effetti del c.d. *passing-on* del danno al mercato e alla tutela al consumatore finale, senza dimenticare la difficoltà dei privati a reperire le prove della violazione *antitrust* come imposto loro dal processo dispositivo³⁸¹. Le possibili estensioni o limitazioni alla legittimazione dei soggetti che possono proporre l'azione civile *antitrust*, in particolare di risarcimento, sono oggetto di grande attenzione da parte degli interpreti, anche a proposito del *private enforcement*. La giurisprudenza comunitaria è stata oscillante nell'ampliare questo diritto oltre i limiti dei rapporti tra imprese. La resistenza dei giudici è sostenuta anche dai limiti di applicabilità della disciplina normativa, che ha previsto lo strumento dell'azione civile in un contesto di relazioni commerciali, per integrare i meccanismi a tutela dell'interesse pubblico. Gli interpreti faticano a trovare un punto di equilibrio tra specialità delle norme e crescenti esigenze di tutela, che si estendono fino ai soggetti terzi, estranei alla dialettica concorrenziale in senso classico, rappresentata dalla tipica conflittualità imprenditore/concorrente.

Una specificazione di questo filone problematico è rappresentata dal dibattito sulla legittimazione a chiedere il risarcimento da parte dell'acquirente o consumatore finale, in particolare, dopo che la pratica anticompetitiva sia stata diluita nel mercato (c.d. effetto *passing-on*) disperdendosi ad ogni successivo passaggio economico. Anche laddove si ammetta la legittimazione del consumatore ad agire in sede civile, la prova della violazione, del danno e del nesso causale risulta essere molto ardua per il soggetto che lamenti una violazione *antitrust* di cui risulti essere solo uno dei possibili destinatari e non in modo diretto e individuale. La prova del diritto al risarcimento per chi si trova alla fine della catena di mercato è problematica sia dal punto di vista materiale, per la difficoltà di reperirla, sia da quello teorico, perché l'ingresso nel processo *antitrust* del consumatore richiede una qualche forzatura delle norme positive. Il problema si accentua nel caso delle intese segrete, che parte della dottrina non reputa adatte a nessun tipo di lite privata risarcitoria, proprio per ragioni legate all'efficienza ed alla prova³⁸². Diversamente, altri tipi di violazioni, ad es.

³⁸¹ STURNER, *Duties of disclosure and burden of proof in the private enforcement of European competition law*, in *Private enforcement of EC competition law*, cit., p. 168 ss.

³⁸² EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 477 s.

gli accordi di distribuzione che violano l'art. 81, sono pacificamente ritenuti più adatti ad essere accertati in sede di contenzioso civile, anche ammettendone un ruolo meramente complementare al *public enforcement*, che difficilmente ne farà l'oggetto della propria iniziativa officiosa³⁸³.

Sempre nell'ambito degli aspetti preliminari dell'azione civile *antitrust*, per l'individuazione della giurisdizione territorialmente competente a decidere la lite è preferibile adottare il criterio del luogo in cui è stata commessa la violazione. Le soluzioni date alle questioni di giurisdizione dal regolamento n. 44/2001/Ce³⁸⁴ fungono da punto di riferimento anche in materia di giudizi civili *antitrust*, anche se le incertezze residuano ancora sul tema, strettamente collegato, della legge applicabile dal giudice nazionale. Anche questi temi abbisognerebbero urgentemente di un intervento chiarificatore del legislatore, non solo, comunitario³⁸⁵. Infatti, la possibilità di applicazione diretta delle norme comunitarie parallelamente a quelle nazionali si riveste di complessità che non emergono da provvedimenti come il regolamento n. 1/2003/Ue, ma che si ripercuotono direttamente sull'equivalenza e l'efficacia delle tutela garantita alle parti nei vari stati membri. Finché il livello di tutela prospettato ai privati sarà insoddisfacente, disomogeneo, o limitato, il ricorso al contenzioso civile *antitrust* anziché espandersi, non uscirà dalla sua cronica contrazione.

In ultima analisi, è possibile ricondurre le difficoltà di funzionamento del *private enforcement* sia alla mancanza di strumenti processuali generali, che alle disomogeneità normative esistenti nei diversi stati. Entrambi i profili si esemplificano negli istituti della prescrizione, delle azioni di gruppo (o rappresentative), dell'individuazione della giurisdizione competente, dell'onere della prova, dello sfuggente parametro dello *standard* della prova e, infine, a proposito dei costi. La ricerca di solide soluzioni processuali richiede veloci interventi di armonizzazione e ammodernamento, che possono essere soddisfatti solo per via normativa, preferibilmente con l'adozione di un nuovo regolamento, senza modificare il regolamento n. 1/2003/Ue con un'integrazione

³⁸³ GUSTAFSSON, *What are the prospects for enhanced private antitrust litigation? A Swedish perspective*, in *Eur. law rev.*, 2005, p. 509 s.

³⁸⁴ Per approfondimenti sulle complessità legate alla giurisdizione da un punto di vista internazionalistico v. BASEDOW, *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law*, in BASEDOW, *Private enforcement of EC competition law*, cit., p. 232 ss., propone la soluzione del collegamento più stretto o del prevalente volume di affari.

³⁸⁵ EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 445.

corposa. Anche negli Stati Uniti nel primo periodo di introduzione del *private enforcement* i numeri del contenzioso erano bassi, si tratta quindi di fenomeni lenti da innescare e che richiedono interventi di supporto.

Oltre alle esigenze di un coordinamento normativo all'interno dell'Unione europea, un ulteriore elemento di complessità è dato poi dall'applicabilità extraterritoriale o transnazionale dei divieti *antitrust* prevista dal diritto internazionale privato³⁸⁶. Si tratta di un tema già all'attenzione degli interpreti americani, che necessariamente si pone come questione cruciale anche in Europa. Anche in questa prospettiva vanno affrontati i problemi di individuazione della legge applicabile e del foro competente per evitare lo *shopping*, specificando i criteri di collegamento generali sulla materia *antitrust*. In particolare, evitare ogni incertezza sui fori competenti a decidere la lite civile è sinonimo di una maggiore certezza, necessaria soprattutto nel caso di violazioni con effetti su più stati, magari commesse da imprese articolate in gruppi, con filiali più o meno autonome. Dal piano processuale si torna a quello sostanziale per ricercare una definizione di impresa che sia adeguata (anche) alle esigenze di funzionamento del contenzioso³⁸⁷. Se alla complessità del mercato e della materia *antitrust* si aggiungono le complicazioni di una normativa processuale non chiara ed efficiente, è evidente che la prassi commerciale ed (uno de)gli strumenti che dovrebbero controllarne la correttezza procederanno sempre su binari separati e a velocità diverse.

Le azioni di nullità.

Per entrare nel dettaglio del contenzioso civile *antitrust*, è bene tenere presente le tre tipologie di azione in cui esso si può manifestare cominciando dalla più utilizzata. La gran parte delle azioni civili in cui si azionano violazioni degli artt. 81 e 82 del trattato hanno come contenuto minimo la domanda di nullità del contratto, illegittimo per violazione dell'art. 81 (si ricordi che dopo il regolamento n. 1/2003/Ue il giudice nazionale può direttamente valutare nel merito anche i presupposti di esenzione ex art. 81, n. 3). Si tratta di azioni già piuttosto diffuse, in cui il precetto comunitario viene utilizzato come "scudo"

³⁸⁶ JONES, SUFRIN, *EC competition*, cit., p. 1248 ss.

³⁸⁷ NEGRI, *Il cartello delle vitamine e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust*, in *Int'Lib*, 2007, p. 149 ss.

difensivo per eccepire alla domanda di adempimento dell'accordo formulata in giudizio dalla controparte. La fonte del potere di dichiarare la nullità dell'accordo è contenuta nello stesso art. 81, che prevede questa conseguenza automatica nel caso di violazione dei divieti in esso formulati.

Anche per il diritto italiano si tratta di un contrasto con norme imperative e di illiceità della causa, che comportano la nullità dell'accordo ex art. 1418 c.c.³⁸⁸. Quanto alle conseguenze della declaratoria di nullità, la giurisprudenza comunitaria è stata inizialmente propensa a lasciare al giudice nazionale la valutazione dei possibili effetti del contratto fatti salvi dal diritto nazionale, previa separazione della clausola illegittima e nulla. La possibilità di questa separazione deve però essere prevista dall'ordinamento nazionale ed è esclusa in molti stati tra cui l'Italia, anche sulla base della non applicabilità della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c.³⁸⁹. Di conseguenza, nel nostro ordinamento la nullità della clausola per violazione dell'art. 81 travolge il contratto *ex tunc* senza lasciare margini ad una salvezza parziale dei suoi effetti.

Riguardo all'art. 82 il trattato non è altrettanto esplicito nel comminare la sanzione di nullità in caso di sua violazione e va tenuto presente che l'abuso di posizione dominante, diversamente dall'intesa, molto raramente sarà incorporato in un contratto. Tuttavia, la dottrina ritiene giustamente che anche in questo caso le conseguenze debbano essere equivalenti a quelle comminate dall'art. 81³⁹⁰. Entrambe le norme possono infatti essere usate dai convenuti davanti ai giudici nazionali per giustificare il proprio inadempimento ad accordi (illegittimi) con un'impresa.

Per l'azione di nullità non si pongono reali problemi di potenziamento dello strumento, sia perché è parzialmente sovrapponibile alla tutela pubblicistica (le autorità amministrative possono dichiarare la violazione, far cessare il comportamento e sanzionarne l'illiceità, di fatto eliminandolo), sia perché si tratta di una forma di azione civile che ha già un buon utilizzo, con una funzione residuale ma autonoma, tesa soprattutto a contrastare richieste di

³⁸⁸ Pur senza addentrarsi nell'ulteriore ipotesi di illiceità dei motivi di discutibile applicabilità alle nullità *antitrust*.

³⁸⁹ Nel caso della nullità del contratto con pluralità di parti, l'art. 1420 c.c. fornisce una soluzione al caso in cui solo alcune delle parti di un rapporto contrattuale violino le norme *antitrust*, ma questo non può lasciare troppi spazi alla difesa delle altre eventuali parti, magari aderenti ad un accordo segreto che non risulta dal contratto.

³⁹⁰ JONES, SUFRIN, *EC competition*, cit., p. 1202 ss.

adempimento di accordi illeciti. Gli interventi di riforma e potenziamento, se pure potrebbero in parte rivolgersi anche alle azioni di nullità, non sono indirizzati in modo prioritario a questo settore, che tutto sommato gode già di un discreto grado di affidabilità tecnica e di impiego pratico, salvi i limiti generali legati alle diversità processuali tra i vari stati, che non sono da sottovalutare neanche in questo caso.

Le azioni di risarcimento danni.

L'aspetto più problematico del *private enforcement*, sul quale si è puntata l'attenzione della Commissione e della dottrina è, come già anticipato, quello delle azioni di risarcimento. A questo tipo di azioni sono rivolti gli auspici formulati sia nel regolamento n. 1/2003/Ce, che nel Libro verde del 2005. Si tratta del settore di più difficile accesso per gli interessati, caratterizzato da un'evidente arretratezza rispetto agli altri strumenti previsti per dare applicazione ai divieti comunitari *antitrust*. L'arretratezza è sia quantitativa che qualitativa e si traduce nella compressione di una delle (potenzialmente) fondamentali forme di tutela del sistema *antitrust*.

L'argomento va affrontato analizzando i numerosi ostacoli che frenano l'accesso ed il funzionamento del meccanismo risarcitorio attuale, valutando le prospettive del potenziamento di queste azioni, ma tenendo anche presente quali sono i mezzi a disposizione delle istituzioni comunitarie per fare sì che il risarcimento diventi quel supporto all'applicazione dei divieti da parte del giudice nazionale, che ancora non è.

Le difficoltà che hanno finora disincentivato il ricorso all'azione civile di risarcimento *antitrust* frenando lo sviluppo del *private enforcement* (inteso in questa accezione ristretta) si articolano innanzitutto sul piano della giurisdizione e della competenza, della legge applicabile e della legittimazione ad agire, proseguendo su quello istruttorio della prova³⁹¹. L'incertezza sulle categorie della legittimazione/interesse ad agire, applicate dalla giurisprudenza comunitaria in modo ambivalente e restrittivo, ma non uniforme, è stata risolta per ora con il parametro del "legittimo interesse", che offre l'unico riferimento

³⁹¹ JONES, SUFRIN, *EC competition*, cit., p. 1228 ss.; AUGUSTIN, HABERMANN, *Quantifying antitrust damages*, in *Comp.law ins.*, 2006, vol. 5, n. 5, p. 9 ss.

utile all'interprete e agli interessati³⁹². Questo aspetto rileva anche per le sue ricadute sull'attualissimo tema delle azioni collettive, fenomeno generalmente in grande espansione sulla scena mondiale e non solo nella materia *antitrust*, che però patisce direttamente la mancanza di una normativa certa sui requisiti di legittimazione e interesse ad agire nelle ipotesi di azione dei terzi, anche appartenenti alle già note categorie dei concorrenti o dei consumatori³⁹³.

Oltre che sulle questioni pregiudiziali e preliminari, i problemi del *private enforcement* si riversano anche all'interno dell'istruzione del processo. La prova della violazione è molto ardua da reperire per le parti, ma non può essere surrogata con il ricorso all'(eventuale) provvedimento amministrativo, perchè deve essere fornita pienamente ed in autonomia all'interno del processo civile, trattandosi di un onere che incombe sulla parte. Il giudice ha limitati poteri istruttori officiosi e comunque in molti stati non è dotato di mezzi di indagine adeguati a scoprire le violazioni *antitrust*. A maggior ragione, queste difficoltà valgono nel caso delle intese segrete, che spesso non possono essere conosciute e provate neppure dalle autorità amministrative, tantomeno dalle parti private danneggiate ed estranee agli accordi.

Lo stesso onere probatorio incombe sulla parte a proposito del nesso di causalità ed è particolarmente arduo per le violazioni *antitrust*, collegate alle politiche commerciali delle imprese, spesso riversate sul mercato e ridistribuite sui vari consumatori e concorrenti senza che il singolo possa riuscire a dimostrare di essere direttamente e casualmente danneggiato dalla pratica anticoncorrenziale. Viste le difficoltà per le parti a provare il nesso di causalità, elemento saldamente rimesso al diritto nazionale, la dottrina (accolta tra le proposte della Commissione nel Libro verde) suggerisce di alleggerire l'onere della prova su questo elemento, in modo da meglio sostenere le azioni dei privati (con il supporto delle interpretazioni della Corte di giustizia e con l'armonizzazione delle procedure nazionali)³⁹⁴. Si tratta di una scelta che

³⁹² AMATO, EHLERMANN, *EC Competition law*, cit., [in part. MILUTINOVIC, *Private enforcement*], p. 734 ss., cita anche la difesa *passing-on* e l'esperienza statunitense sulle azioni dei consumatori finali e le *class action*.

³⁹³ AMATO, EHLERMANN, *EC Competition law*, cit., [in part. MILUTINOVIC, *Private enforcement*], p. 756 s.

³⁹⁴ AMATO, EHLERMANN, *EC Competition law*, cit., [in part. MILUTINOVIC, *Private enforcement*], p. 749 s.

privilegia l'effetto utile della possibilità di tutelare il privato rispetto alla coerenza sistematica, ma le implicazioni di una simile deviazione dal generale modello di azione civile dispositiva richiederebbero quantomeno correttivi tecnici adeguati.

In sintesi, le norme comunitarie non prevedono per ora alcun meccanismo per garantire che i processi civili in cui i privati agiscono per il risarcimento del danno *antitrust* possano essere efficaci e funzionare correttamente, ma si limitano ad un rinvio agli ordinamenti nazionali, di fatto addossando alle parti un onere probatorio insostenibile e affiancandole a giudici non sempre e non tutti ugualmente attrezzati per l'istruzione delle cause. Neanche il ruolo dell'elemento soggettivo è stato oggetto di precisazioni da parte delle norme e della giurisprudenza comunitaria. La colpa e il dolo sono pacificamente irrilevanti ai fini dell'accertamento della violazione, ma solo in via interpretativa si può desumerne l'estraneità al contesto anche della responsabilità risarcitoria che si qualifica quindi come oggettiva e si allontana in parte dallo schema aquiliano proprio. Un'ulteriore sostegno all'interpretazione proposta è offerto dalla giurisprudenza comunitaria. La sentenza *Manfredi*, non da infatti alcuno spazio agli elementi del dolo e della colpa nel disegnare i presupposti della responsabilità, in questo modo chiudendo implicitamente ogni spazio ad una loro rilevanza, almeno comunitaria.

Alcuni passi sono già stati mossi in ambito comunitario per migliorare la tutela civile del diritto al risarcimento. Il principale punto di riferimento in questo senso è indubbiamente la celebre sentenza Corte giust., *Courage Crehan* C-453/99, del 20 settembre 2001, in cui la Corte ha stabilito espressamente che la violazione dei divieti *antitrust* attribuisce al privato un diritto al risarcimento in sede civile del danno patito³⁹⁵. Senza voler ridimensionare la portata innovatrice di questa

³⁹⁵ Tra i molti commenti alla sentenza, ANDRENGELI, *Courage Ltd v Crehan and the enforcement of article 81 EC before national courts*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 758 ss. ricostruisce il processo di merito nazionale dopo la pronuncia della Corte di giustizia, sostanzialmente disattesa dal giudice del rinvio pregiudiziale, in qualche modo recuperata dal giudice di appello che ha stabilito il dovere del giudice nazionale di essere "deferente" rispetto alle decisioni della Commissione, potenziando la cooperazione a discapito dell'indipendenza. Il dovere di "sincera" cooperazione del giudice nazionale richiederà ulteriori precisazioni da parte della Corte. NAZZINI, ANDENAS, *Awarding damages for breach of competition law in English courts – Crehan in the court of appeal*, in *Eur.buis.law rev.*, 2006, p. 1192 ss., sottolineano la maggior vicinanza tra la sentenza della corte d'appello e quella della Corte di giustizia, oltre alle implicazioni inevitabili tra "remedies" amministrativi e civilistici. Il valore vincolante delle decisioni della Commissione comporta, come si vedrà, la necessità di ricorrere alla sospensione del processo in caso di contemporanea pendenza, compatibilmente ai limiti del singolo ordinamento nazionale. La sentenza estende gli effetti della decisione amministrativa ai terzi che siano parti di un procedimento civile. L'estensione degli effetti dovrebbe però configurare il diritto dei terzi a partecipare anche al procedimento amministrativo e ad impugnare la decisione finale. Inoltre, il valore probatorio della decisione amministrativa andrebbe precisato per renderlo compatibile con le garanzie processuali, come si vedrà in

decisione, va ricordato che l'orientamento espresso dalla Corte nel caso *Courage* era già presente *in nuce* nella precedente giurisprudenza. Tra i precedenti specifici è opportuno ricordare le sentenze Corte giust., *Francovich*, C-6/90, del 19 novembre 1991 e *Brasserie du pecheur - Factortame*, C-46 e 48/93, del 5 marzo 1996, che ha precisato i presupposti in presenza dei quali sussiste il diritto al risarcimento *antitrust*, nel nome del diritto ad una tutela effettiva. E' vero, però, che la sentenza *Courage* supera i precedenti citati, non solo perché è più esplicita nel riconoscere il diritto al risarcimento, ma soprattutto perché lo estende anche a chi sia stato parte del contratto illegittimo ex artt. 81 o 82, se dimostri di aver patito un danno. La decisione ribadisce che spetta ai giudici nazionali proteggere i diritti comunitari dando ad essi l'attuazione compiuta che meritano. Il richiedente può però essere escluso dal risarcimento, se abbia avuto una responsabilità significativa nella violazione, perché è principio noto che non si può trarre vantaggio dal proprio comportamento illecito. Ad esempio, il giudice può verificare se la parte danneggiata che ha partecipato all'accordo illecito fosse realmente la parte debole del rapporto contrattuale e, quindi, se abbia o meno subito la volontà dell'altro contraente nel sottoscrivere il contratto. Per completezza, va segnalato che i giudici nazionali che avevano operato il rinvio pregiudiziale deciso dalla Corte nel caso *Courage* ne hanno poi disatteso l'interpretazione negando, comunque, la sussistenza del diritto al risarcimento nel processo di merito. Le successive impugnazioni hanno solo in parte permesso di recuperare il precedente comunitario, richiamandosi al nebuloso dovere di cooperazione giurisdizionale.

Dal punto di vista interpretativo però, la citata giurisprudenza comunitaria ha permesso di sviluppare la c.d. dottrina *Courage*, che a parere di alcuni autori è stata metabolizzata nel regolamento n. 1/2003/Ce e ne rappresenta il secondo aspetto caratterizzante, insieme al decentramento. L'apertura del regolamento all'azione privata risarcitoria, secondo gli stessi autori contiene in

seguito; ANDREANGELI, *The enforcement of article 81 EC before national courts after the House of Lords' decision in Intntrepreneur Pub Co Ltd v Crehan*, in *Eur. Law Rev.*, 2007, p. 261, riporta la posizione della *House of Lords* inglese sul caso *Courage*, in cui viene precisato il concetto di cooperazione. Secondo il supremo giudice inglese, le pronunce rese in casi analoghi dalla Commissione vanno considerate come orientamenti informali che il giudice nazionale valuta discrezionalmente. Quest'ultima interpretazione rafforza il principio di indipendenza a discapito della cooperazione. Annullando la precedente decisione della corte d'appello, la *House of Lords* ha di fatto eliminato dal sistema inglese il precedente *Courage* sul risarcimento dei danni. Il diritto al risarcimento è però stato ribadito dalla Corte di giustizia nel più recente caso *Manfredi*.

sé la prospettiva di un sistema speciale di sanzioni complementari all'esistente impianto comunitario³⁹⁶. Sul punto non si ritiene di condividere l'ottimismo e va segnalato subito che la reale portata innovativa del regolamento n. 1/2003/Ce è stata messa in dubbio da altra dottrina, anche sotto il profilo della sua funzione incentivante per il *private enforcement*. Questa prospettiva più critica e preferibile è meno incline ad identificare gli intenti della Commissione con i risultati reali del suo intervento riformatore. Si tratta di una ricostruzione politicamente più cauta e tecnicamente più attendibile, atteso che il regolamento non si occupa espressamente del *private enforcement*, salvo le intenzioni sistematiche e l'ampio rinvio agli ordinamenti nazionali, di fatto, senza approntare nessun nuovo strumento processuale per risolvere i problemi che sinora hanno penalizzato il settore.

Dopo la sentenza *Courage* la giurisprudenza comunitaria è tornata recentemente ad occuparsi del tema dei risarcimenti *antitrust*, ribadendo e rafforzando il proprio orientamento. La sentenza Corte giust., *Manfredi*, C-295/04, del 13 luglio 2006 ha chiarito che i limiti alla legittimazione ad agire previsti in *Courage* erano frutto di un'elencazione indicativa e non esaustiva, potendo le leggi nazionali prevederne altri³⁹⁷. La sentenza ha comunque ribadito che, per il diritto comunitario, chiunque può chiedere l'annullamento dell'accordo illegittimo ed oltre a ciò, ottenere anche il risarcimento del danno patito. E'rimesso alla normativa processuale nazionale l'esercizio di questo diritto, in particolare, nei suoi aspetti essenziali: nesso di causalità, competenza del giudice, regole processuali, prescrizione, quantificazione del danno e sua qualificazione (danno emergente e lucro cessante), salvo il rispetto del principio di equivalenza. Proprio questo rinvio agli ordinamenti nazionali sposta il problema parcellizzandolo a livello dei singoli stati, impedendo la soluzione degli aspetti più complicati e sistematici dovuti all'interazione di ordinamenti disomogenei.

Sul piano normativo comunitario, oltre ai già citati regolamento n. 1/2003/Ce e Libro Verde del 2005, anche la Comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali si richiama ai principi che impongono al giudice di garantire, nelle forme consentitegli dal diritto nazionale, l'equivalenza di tutela

³⁹⁶ REICH, *The "Courage" doctrine*, cit., p. 37 ss., da atto dell'interpretazione restrittiva della dottrina *Courage* da parte delle giurisdizioni nazionali, tra cui, significativamente, il giudice inglese del merito *Courage*.

³⁹⁷ EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 461 ss.

per i precetti comunitari compresi quelli *antitrust*³⁹⁸. Tale equivalenza si specifica, come ricordato anche dalla sentenza *Courage*, nel divieto di rendere impossibile o eccessivamente difficile far valere il diritto a livello nazionale, che non può prevedere meccanismi più sfavorevoli. Questa considerazione, ben nota al diritto comunitario, pare però sfuggire allo stesso legislatore laddove, come nel caso in esame, predispone un quadro incompleto, rinviando a sistemi nazionali complessivamente disomogenei e singolarmente inadeguati a sostenerne il carico, come si dirà a proposito dell'Italia.

All'altra estremità dell'equivalenza va poi sempre posta l'altrettanto pressante necessità di rispettare l'autonomia processuale degli stati membri, che si specifica nella libertà di determinazione delle procedure giurisdizionali. Si tratta di due principi che si contrappongono anche nel campo del *public enforcement*, seppure in forma meno accentuata. Le normative processuali degli stati riflettono, infatti, considerazioni non solo politiche ma culturali profonde, difficili da sacrificare sull'altare dell'efficienza e dell'eguaglianza, con cui vanno però, quantomeno, coordinate. L'idea di una coerente integrazione processuale sfuma allora nell'opzione dell'armonizzazione, a metà strada tra l'omologazione e l'estrema individualità attuale. Sempre su questo terreno, oltre al legislatore, va ricordato che intervengono con le loro interpretazioni anche i giudici e la dottrina, a cui si aggiungono le parti private, tutti alla ricerca di un codice comune per poter interagire in modo utile. L'esigenza è simile a quella di elaborare un linguaggio, o regole di gioco condivise, con cui organizzare il molteplice intorno all'obiettivo comune. Allo stesso modo, le regole processuali nazionali devono poter convergere gradualmente verso una parificazione che ne anticiperà l'assimilazione.

I provvedimenti d'urgenza e anticipatori.

Il quadro delle possibili azioni civili in applicazione dei divieti *antitrust* va completato con un riferimento ai provvedimenti cautelari, strumentali alle azioni risarcitorie o di nullità, che possono essere chiesti al giudice nazionale secondo i principi generali. Le parti possono ad esempio richiedere un ordine

³⁹⁸ Comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni, cit., n. 10, le sanzioni devono essere efficaci, proporzionate, deterrenti, il risarcimento danni deve essere possibile, la disposizione nazionale non deve essere eccessivamente difficile da eseguire, né essere sfavorevole all'attuazione del diritto europeo.

anticipatorio di cessazione della violazione, purchè tale strumento sia previsto dall'ordinamento e sussistano i presupposti cautelari, che nell'interpretazione comunitaria si concentrano sull'urgenza piuttosto che sul *fumus boni juris*. Si tratta di provvedimenti temporanei, strumentali, provvisori e anticipatori il cui sviluppo va di pari passo con quello delle azioni di merito e segue le procedure previste dai vari ordinamenti, in un sistema che si auspica equivalente ma che come si è visto non lo è³⁹⁹. La Commissione non ha dato indicazioni specifiche sulla disciplina di questi procedimenti in campo *antitrust*, analogamente alla linea seguita per tutte le azioni civili che possono essere radicate davanti al giudice nazionale. Le norme del regolamento n. 1/2003/Ce che si occupano di provvedimenti cautelari si riferiscono infatti a quelli che la Commissione e (previo adeguamento al modello centrale) possono essere estesi analogicamente alle sole autorità amministrative nazionali.

A parità di disinteresse normativo, motivato come si è detto dalla adesione della Commissione al principio della stretta autonomia processuale degli stati in materia civile, va però fatta una distinzione rispetto alle azioni risarcitorie. Come si è visto, la politica comunitaria si è concentrata su queste ultime, quantomeno ponendosi nell'ottica di un loro incremento e sviluppo, lasciando al margine il tema delle azioni cautelari, non necessariamente assorbito nella auspicata soluzione della questione risarcitoria. La dottrina, invece, sottolinea che anche questo terzo aspetto dell'azione civile fa parte integrante dello sviluppo del *private enforcement*, e richiede un'uguale attenzione del legislatore comunitario ed un'armonizzazione nazionale specifica⁴⁰⁰. In particolare nei sistemi caratterizzati da un sistema processuale civile lento come l'Italia lo strumento cautelare può fornire alle parti ed ai giudici del contenzioso privato un importante ed insostituibile strumento di tutela.

Inoltre, va sottolineata la differenza rispetto ai provvedimenti cautelari previsti dal regolamento n. 1/2003/Ce nel procedimento amministrativo. Questi sono adottati d'ufficio dalla Commissione, qualora ne ravvisi i presupposti, salvo interpretare i limiti previsti in senso permeabile ad una qualche forma di istanza della parte denunciante per provocarne l'adozione. Diversamente, la parte privata in sede civile ha un pieno ed incontrovertibile diritto a chiedere al

³⁹⁹ WILLIS, WESSING, *Introduction to EU competition law*, Londra, 2005, § 10.6.2.

⁴⁰⁰ EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 438 ss.

giudice, anche *ante causam*, un provvedimento cautelare, salvo l'onere di provarne i presupposti. A fronte delle incertezze collegate al funzionamento dei provvedimenti anticipatori previsti nel procedimento amministrativo (che nel caso italiano sono per ora un campo inesplorato, in cui è più forte la componente giurisdizionale di quella tradizionalmente amministrativa, legata quasi esclusivamente a poteri sospensivi), la tutela cautelare giurisdizionale può essere vista come un riferimento più certo e funzionale alle esigenze di urgenza delle parti. Per questo motivo, l'attenzione comunitaria su questo istituto andrebbe maggiormente sollecitata.

Questa prospettiva non nega l'evidente difficoltà probatoria della parte, laddove l'istanza cautelare sia inserita in un contesto giurisdizionale dispositivo, rispetto al sistema pubblico in cui spetta all'autorità provare e disporre la misura. Nel processo cautelare civile, invece, sarà particolarmente arduo dimostrare non tanto l'urgenza, quanto il *fumus* di una violazione già difficile da individuare e provare anche in sede di cognizione ordinaria. La giurisprudenza comunitaria, con la sua scarsa attenzione all'elemento del *fumus*, già evidenziata nel precedente capitolo, finisce necessariamente con il sottovalutare anche le difficoltà probatorie in cui si trova la parte davanti al giudice nazionale. Difficoltà che sono invece ben presenti ai processualisti, soprattutto in relazione ai sistemi giurisdizionali più rigorosi su questi aspetti come quello italiano.

Più in generale, la prospettiva eminentemente amministrativistica del regolamento n. 1/2003/Ce non soccorre sul punto e non può neppure essere utilizzata in via interpretativa, stante la profonda diversità di intenti e natura tra autorità amministrative e giudice. Anche le considerazioni espresse nei capitoli precedenti riguardo alla possibilità che le autorità amministrative e la Commissione adottino misure anticipatorie, seppure partono da esigenze cautelari analoghe e si basano su presupposti di urgenza e verosimiglianza comuni, non possono essere acriticamente applicate al caso del giudice che sia chiamato a pronunciare un provvedimento cautelare in sede di *private enforcement*. L'onere di provare la sussistenza dei presupposti cautelari (che nel processo civile incombe sulla parte e nel procedimento comunitario sulla Commissione), la rilevanza da attribuire ai presupposti da parte dell'organo

decidente (con la tendenza a far prevalere il *periculum* sul *fumus*, che si manifesta solo a livello amministrativo comunitario), ma anche i possibili contenuti del provvedimento anticipatorio, i suoi effetti ed il suo grado di stabilità, sono infatti da contestualizzare nel ben diverso ambito giurisdizionale, diversificandoli poi ulteriormente a seconda delle normative statali applicabili, alle quali il regolamento fa rinvio senza neppure tentare di tracciare un orientamento. La scelta dell'autonomia piena, in questo caso risulta una comoda scorciatoia per il legislatore comunitario, particolarmente evidente nel caso delle azioni cautelari, neppure sfiorate dalle velleità di sviluppo che hanno investito quelle risarcitorie e liquidate forse con troppa approssimazione.

In sintesi, sarebbe opportuno che nel generale e auspicato intervento di regolamentazione delle azioni civili *antitrust*, dall'Unione europea venisse una disciplina comprensiva di tutti i tipi di azione giudiziaria in cui si articola il settore, senza trascurare quello cautelare-ingiunzionale-anticipatorio, che pur nella sua strumentalità è pienamente autonomo dall'azione di merito dal punto di vista processuale e, soprattutto, presenta vantaggi e complessità non trascurabili.

Cenni sull'arbitrato.

A margine di queste considerazioni analitiche sul *private enforcement antitrust*, pare opportuno qualche breve cenno sulla più privata delle forme di applicazione normativa che esista, ossia quella operata dagli arbitri. Il regolamento n. 1/2003/Ce nulla dice sul punto e nel rispetto dei limiti inizialmente fissati a questa indagine non sarà quindi possibile approfondire la questione oltre una sintetica panoramica che completi il quadro generale tracciato. L'arbitrato si contrappone nettamente alle forme di tutela privata esaminate finora in quanto, come è noto, si tratta di uno strumento che sottrae al giudice le controversie rimesse in arbitri, salvo la verifica dell'arbitrabilità della materia oggetto di decisione ed i limiti di quest'ultima fissati dalla legge.

Il primo problema, quello della compromettibilità della materia *antitrust* si è posto inizialmente negli U.S.A. dove è stato risolto a favore dell'arbitrato. La soluzione è stata lentamente accolta anche in Europa, nonostante le resistenze della giurisprudenza e le difficoltà poste nei casi più complessi di liti multiparti.

La questione dell'arbitrabilità si pone sia indipendentemente dall'opzione giurisdizionale, sia come alternativa a questa⁴⁰¹ ed è stata a lungo dibattuta tanto in sede comunitaria, che dalle giurisdizioni nazionali. Il punto problematico era individuato nell'essere il diritto *antitrust* disciplinato da norme inderogabili, alle quali si è ricondotta inizialmente la natura indisponibile (e quindi non transigibile o arbitrabile) dei diritti tutelati. Tuttavia, ad un approfondimento successivo, la specialità tecnica della materia e la circostanza che le norme che la regolano appartengano all'ordine pubblico e postulino un'applicazione uniforme, non sono parse sufficienti a sottrarre all'arbitrato le controversie che vertono sulle norme *antitrust*. All'esito dell'evoluzione, l'arbitrabilità di questa materia è ormai pacifica, con la precisazione che la norma inderogabile deve essere seguita dall'arbitro nella sua decisione, senza che questo comporti però a monte l'indisponibilità del diritto ed il conseguente divieto di arbitrato.

Anche in Italia è ormai pacifico in giurisprudenza che le controversie tra imprese, anche laddove abbiano ad oggetto la nullità del contratto perché contrario a norme imperative o all'ordine pubblico (come nel caso di violazione delle norme *antitrust*), non implicano automaticamente l'indisponibilità dei diritti e quindi l'inarbitrabilità della lite⁴⁰². In origine, l'esclusione dall'arbitrato si era invece fondata proprio sulla non transigibilità dei diritti *antitrust* ai sensi dell'art. 806 c.p.c. La questione è stata di fatto superata a partire dal momento in cui la giurisprudenza ha ammesso l'arbitrato sulle controversie in cui si applicasse direttamente il diritto comunitario della concorrenza⁴⁰³. L'estensione anche all'*antitrust* nazionale non si è quindi più potuta escludere.

Assodata l'arbitrabilità delle liti in cui si applichino norme direttamente applicabili di diritto comunitario⁴⁰⁴, si affianca al dovere dell'arbitro di applicare gli artt. 81 e 82 in quanto norme inderogabili⁴⁰⁵. Dopo il regolamento n. 1/2003/Ce questo dovere comprende anche le esenzioni previste ex art. 81, n.3, salvo solo il divieto per l'arbitro di surrogare l'autorità amministrativa competente.

⁴⁰¹ LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*, The Hague, 2006, p. 323 ss.

⁴⁰² ACERBONI, *Controllo giudiziario dell'applicazione da parte dei giudici delle regole antitrust*, in *La Concorrenza*, a cura di CENDON, cit., p. 823 s.

⁴⁰³ TAVASSI, SCUFFI [TAVASSI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 228 s.

⁴⁰⁴ LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, *Relazione del 30 settembre 2006 al Convegno "IP, arbitrato e processo"*, Università di Pavia, in AIDA, 2006, p. 95 ss., che riporta l'evoluzione della prassi in Italia, Europa e U.S.A. e riconduce la normativa *antitrust* all'ordine pubblico, che vincola gli arbitri a decidere sempre secondo diritto.

⁴⁰⁵ Sentenza Corte giust., *Eco Swiss*, C-126/97, del 1 giugno 1999.

Infatti, l'unico limite residuo per gli arbitri è dato dalla necessaria natura privatistica della decisione richiesta (questione che si pone soprattutto in casi residuali di applicazione delle norme nazionali, come le autorizzazioni in deroga previste in Italia per l'autorità garante) per garantire che le decisioni amministrative siano adottate solo dalle istituzioni preposte.

Sulla questa linea interpretativa, non può essere escluso che tra l'arbitro e la Commissione sussistano forme di coordinamento, completamente inesplorate dalle norme, in analogia a quanto accade rispetto ai giudici. Rispetto alle interazioni con il *public enforcement*, l'arbitrato può costituire sia una barriera all'applicazione dei divieti pubblici, ma anche, processualmente, un ulteriore fronte di raccordo tra la sfera privata e quella pubblicistica. Tuttavia, né il regolamento n. 1/2003/Ce, né le comunicazioni sulla cooperazione menzionano mai l'arbitrato, in quanto non si tratta né di una giurisdizione, né di un'autorità amministrativa. Sono dunque gli arbitri a doversi porre e risolvere il problema del coordinamento⁴⁰⁶. Ai giudici nazionali è rimesso il controllo sugli arbitri, con la possibilità di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale per l'interpretazione del diritto comunitario applicabile⁴⁰⁷.

In particolare, gli arbitri hanno la possibilità di integrare le prove e ricorrere ad esperti per evitare che il loro lodo, a causa di carenze istruttorie, comporti un pregiudizio per la tutela delle parti. Se si ammette, come pare corretto, che la Commissione possa intervenire come *amicus arbitri*, va però ribadito che gli arbitri non sono vincolati dalle sue osservazioni⁴⁰⁸. Non è invece chiaro se l'arbitro debba tenere conto della precedente decisione della Commissione sullo stesso caso, ipotesi che richiederebbe una sospensione del rodimento arbitrale. La questione è già stata discussa per i giudici e va risolta, a maggior ragione per gli arbitri, nel senso della loro piena autonomia processuale e decisoria rispetto alla Commissione. Questa considerazione riposa sulla mancanza di una norma comunitaria che preveda qualche forma di

⁴⁰⁶ NAZZINI, *International arbitration and public enforcement of competition law*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 153 ss.

⁴⁰⁷ ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, Paris, 2001, p. 425 ss.

⁴⁰⁸ NAZZINI, *International arbitration*, cit., p. 160 ss.; NISSER, BLANKE, *Reflections on the role of the European Commission as amicus curiae in international arbitration proceedings*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 181 ss.

vincolo, magari sulla base della estraneità degli arbitri all'ordinamento statale o della loro minore adeguatezza all'indagine, rispetto al giudice e all'autorità.

Alla luce del solo regolamento n. 1/2003/Ce, dunque, prima della pronuncia del lodo arbitrale si può ammettere uno scambio di informazioni, orientamenti e pareri, certamente mai pregiudiziali, nè vincolanti per gli arbitri, sia con la Commissione, che con le autorità nazionali. Questa forma di blanda cooperazione, che sottintende un'analogia tra arbitri e i giudici nei rapporti con la Commissione può probabilmente passare rispetto ad una norma generica e "mista" come il regolamento n. 1/2003/Ce. Ogni assimilazione è invece radicalmente esclusa nel campo strettamente giurisdizionale del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Le pronunce della stessa Corte sono infatti esplicite (e pressoché unanimi) nell'escludere che gli arbitri possano, non essendo giudici, adire lo strumento del rinvio ex art. 234 del trattato⁴⁰⁹. Paradossalmente, quindi, gli arbitri come le autorità amministrative, potranno avvalersi degli orientamenti interpretativi della Commissione, ma non di quelli della Corte. Lo schema, che si giustifica forse nel *public enforcement* per la sostanziale omogeneità di natura tra la Commissione e le autorità, richiede qualche forzatura in più per essere agli arbitri. Essi sono infatti certamente diversi dalle autorità amministrative almeno e forse più di quanto lo siano dal giudice. L'interpretazione di un organo giurisdizionale appare allora più utile al lodo di quella di un organo amministrativo, seppure deputato ad uniformare l'applicazione dei divieti *antitrust* come nel caso della Commissione. Nonostante queste considerazioni è certo che gli arbitri non possono adire la Corte di giustizia ex art. 234, anche se secondo alcuni autori essi potrebbero dichiarare improcedibile l'arbitrato, nei casi in cui un parere della Corte paia loro necessario, per consentire alle parti di adire il giudice ed accedere così al rinvio⁴¹⁰.

La redazione della clausola compromissoria e la gestione dell'arbitrato *antitrust* sono fondamentali e fanno propendere per il ricorso a procedure amministrative, gestite da un ristretto e competente numero di arbitri, in attesa della creazione di una camera arbitrale specializzata, anche in relazione alla

⁴⁰⁹ Sentenze Corte giust., *Denuit*, C-125/04, del 27 gennaio e *Nordsee*, 102/81, del 23 marzo 1982, *contra* v. Corte giust., *Danfoss*, 109/88, del 17 ottobre 1989 (ricevibilità del rinvio di un tribunale arbitrale di categoria danese).

⁴¹⁰ LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, cit., p. 102 ss.

prassi degli arbitrati provvedimentali legati alle condizioni di autorizzazione delle concentrazioni⁴¹¹. Infatti, la materia *antitrust* modernizzata dal regolamento n. 1/2003/Ce si presta secondo alcuni autori ad accogliere meglio che in precedenza lo strumento arbitrale, già utilizzato con sempre maggior favore anche dalla Commissione nel campo delle concentrazioni⁴¹². In quel settore i vantaggi procedurali dell'arbitrato farebbero addirittura intravedere un decentramento delle funzioni quasi giurisdizionali dalla Commissione (nell'attività di controllo delle prescrizioni con cui vengono autorizzate le concentrazioni) agli organismi arbitrali. Secondo questa interpretazione, utilizzando così l'arbitrato internazionale la Commissione lo avrebbe trasformato in un arbitrato "sopranazionale" integrato nelle procedure in materia di concentrazioni⁴¹³. Si tratta di una ricostruzione suggestiva ma la cui portata fuoriesce abbondantemente dai limiti di questa indagine e di questo paragrafo. Va comunque prestata attenzione alle istanze di adeguamento dello strumento arbitrale, finalmente e faticosamente accettato nel campo *antitrust*, per garantire che funzioni coerentemente e possa avere un ruolo nel contesto applicativo che si è sin qui delineato.

I rapporti con il *public enforcement*.

La volontà della Commissione di dare nuovo slancio alle azioni civili, soprattutto risarcitorie passa, come si è visto, per la soluzione delle incognite e delle difficoltà che sinora ne hanno scoraggiato l'uso. Anche se le nuove norme non paiono neppure affrontare nel dettaglio il problema processuale, il quadro non sarebbe completo se non ci si soffermasse brevemente anche sul tema più generale dei problemi legati alla scelta di devolvere al giudice ordinario il contenzioso civile *antitrust*. Il sistema comunitario è diversificato e disomogeneo e richiederebbe infatti una disciplina più puntuale almeno delle interazioni che coinvolgono i vari giudici nazionali.

Il primo elemento di riflessione è dato dalla possibilità che i residui margini di incertezza sull'individuazione iniziale del giudice competente

⁴¹¹ LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, cit., p. 112.

⁴¹² BLANKE, *The use and utility of international arbitration in EC Commission merger remedies*, Groningen, 2006, p. 45 ss.

⁴¹³ BLANKE, *The use and utility*, cit., p. 183 ss.; BLANKE, *International arbitration in EC merger control: a "supernational" lesson to be learnt*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p.336 s.

determinino fenomeni di *forum shopping*. Il regolamento n. 1/2003/Ce lascia spazio a questo problema perché, come si è visto nel primo capitolo, non prevede un meccanismo rigoroso di competenze, in particolare esclusive, degli organi di controllo. Il rinvio al diritto nazionale non aiuta a portare certezza. Lo *shopping* si manifesta propriamente nel contesto giurisdizionale ed è una conseguenza (anche) della già esaminata carenza di armonizzazione delle norme processuali, accompagnata dalla incerta individuazione dei criteri di collegamento e delle norme di volta in volta applicabili. Tra le previsioni del sistema comunitario si ricorda che l'instaurazione di processi e procedimenti paralleli in stati diversi, ma con lo stesso oggetto è guardata con sfavore dal Regolamento n. 1/2003/Ce, perché l'organo chiamato a decidere sulla violazione dovrebbe essere unico (art. 27). Per le sole liti pendenti davanti ad un giudice, il regolamento n. 44/2001/Ce prescrive regole sulla litispendenza e criteri di collegamento prevalente che possono essere applicati anche alla materia *antitrust*⁴¹⁴.

I meccanismi correttivi ed il generico richiamo alla collaborazione ed al coordinamento non bastano però, come dimostra ad esempio la citata vicenda *Courage*. In particolare, le norme esistenti non paiono escludere che le parti possano riuscire a “scegliere” il giudice a cui rivolgersi per ragioni di mera convenienza e mantenendosi nel solco della legge⁴¹⁵. Anche in ipotetiche condizioni di equivalenza di tutela tra gli stati, se si ammette l'interferenza delle parti sul meccanismo che individua il soggetto chiamato a decidere, viene comunque minato il principio della precostituzione del giudice con le garanzie che esso comporta. A corollario di quanto sopra, è lecito porsi un dubbio di imparzialità, ogni volta in cui un giudice sappia di essere chiamato a decidere - a lavorare, a fare giurisprudenza - (anche) sulla base di come le parti lo percepiscono *ante causam*. E' possibile che si crei un condizionamento anche solo indiretto sull'attività di controllo e su come questa viene intesa dall'organo adito. Nel valutare la possibilità che (come è accaduto in tema di sede dell'arbitrato) l'offerta del “servizio” di *enforcement* privato *antitrust*, possa risentire della “domanda” dei fruitori di tale servizio, va considerato che

⁴¹⁴ Regolamento del Consiglio dell'Ue n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 22 dicembre 2000, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.

⁴¹⁵ JONES, *EC competition law*, cit., p. 1204 ss., con un'ampia casistica giurisprudenziale.

l'aspettativa sociale si può esprimere mediatamente a livello politico e più direttamente, incoraggiando le competenze dei giudici che appaiono più convenienti.

Da una diversa prospettiva, le diversità tra le competenze private e quelle pubblicistiche presuppongono la definizione del ruolo delle autorità amministrative *antitrust* e della Commissione all'interno del processo civile. Soprattutto la Commissione può, in primo luogo, contribuire a temperare gli svantaggi della poca armonizzazione processuale introducendo nei processi un orientamento uniforme, per fugare almeno in parte i rischi e le opportunità di uno *shopping* giurisdizionale.

Inoltre, il supporto degli organi amministrativi può dotare il processo di uno strumento che agevola le parti private nella loro ricerca della prova. Il risultato di questo tipo di intervento può attenuare il carattere dispositivo del processo civile, ma si tratta di un'attenuazione quantomai necessaria se si consideri che le violazioni *antitrust* non possono quasi mai essere scoperte e provate da chi non vi ha partecipato. Questo compromesso è confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria che nella sentenza Trib., *Sumitomo*, T-22/02, del 6 ottobre 2005 ha riconosciuto alla Commissione il potere di contestare anche infrazioni già cessate, se vi abbia un legittimo interesse, perché la sua azione è "strumentale anche alla raccolta di prove" per gli interessati delle azioni risarcitorie private.

Un altro motivo, sempre bisognoso di delimitazioni, per accogliere le autorità amministrative nel processo è anche quello di fornire un riferimento al giudice nella sua attività di decisione. L'*antitrust* è una materia altamente specialistica, frammista di nozioni amministrative ed economiche, oltre che commerciali, che comporta l'applicazione di norme italiane ed europee e può essere di non facile gestione per il giudice ordinario.

Il regolamento n. 1/2003/Ce e la successiva Comunicazione si pongono effettivamente il problema di individuare delle forme di coordinamento tra il giudice e la Commissione, soprattutto per ritagliarle un ruolo di *trait-d'union*. Meno attenzione viene invece dedicata alla prospettiva dei giudici nazionali, che potrebbero vedere nell'intervento amministrativo più un'interferenza che un'opportunità. Immaginare un raccordo tra organi di livello e natura diversa

non è infatti un'operazione da liquidare con troppa leggerezza. Per effetto dell'evoluzione del sistema i giudici nazionali sono ora sottoposti a molteplici stimoli, in particolare da quando non sono più univocamente legati ad una sola fonte normativa. Da questo punto di vista la dottrina più fantasiosa li raffigura come "esperti pianisti", chiamati a costruire le proprie armonie interpretative con competenze adeguate, eventualmente avvalendosi di strumentisti specializzati⁴¹⁶. Fuor di metafora, la recente sentenza Corte giust., *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, del 13 giugno 2006 ha dato atto in modo importante della necessità che i giudici (di ultima istanza) applichino correttamente il diritto comunitario, prevedendo in caso contrario la responsabilità dello stato ed il risarcimento alle parti.

Alla luce della grande utilità pratica che la decisione amministrativa può rivestire nella decisione della lite *antitrust*, la dottrina (e la Commissione nel Libro verde) si dimostrano disponibili ad accettare l'idea se il processo civile di risarcimento danni si svolge dopo la decisione amministrativa, questa circostanza possa consentire un'inversione dell'onere della prova per le parti sulla sussistenza della violazione. Nonostante l'estremo pragmatismo della soluzione proposta, nessuno in dottrina pare orientato ad andare oltre, ammettendo un vero e proprio vincolo per il giudice di rispettare la decisione amministrativa abdicando la propria funzione di *jus dicere*. Il giudice deve invece rimanere completamente libero di poter svolgere un accertamento autonomo della violazione, decidendo anche in contrasto con la decisione amministrativa⁴¹⁷. Questa diversa opzione, di piena indipendenza procedurale, si scontra sia con le citate ragioni di economia processuale e di garanzia per le parti, che con i paletti fissati dal regolamento n. 1/2003/Ce che impediscono al giudice di decidere in contrasto, quantomeno, con la Commissione⁴¹⁸.

Secondo l'interpretazione preferibile le decisioni, tanto della Commissione quanto delle altre autorità nazionali *antitrust*, possono valere nel processo solo come orientamenti, sempre lasciando al giudice una

⁴¹⁶ LENAERTS, GERARD, *Decentralisation*, cit., p. 347.

⁴¹⁷ KOMNINOS, *Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight*, in *Comm.mar.law rev.*, p. 1422 ss.

⁴¹⁸ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 90 ss., che ricostruisce il valore vincolante delle decisioni della Commissione sui giudici nazionali nel regolamento n. 17/62/Cee, dalla giurisprudenza *Masterfoods*, fino al regolamento n. 1/2003/Ce.

discrezionalità applicativa⁴¹⁹. Il valore meramente orientativo delle decisioni della Commissione su casi analoghi a quello oggetto di accertamento giurisdizionale è poi confermato sia dal regolamento n. 1/2003/Ce, che dalla giurisprudenza comunitaria⁴²⁰. Non si tratta tuttavia di una soluzione pienamente appagante. Infatti, ammettere che la potestà giurisdizionale, affidata dall'ordinamento ad un soggetto imparziale, possa essere "orientata" dal provvedimento di un altro organo (magari anche amministrativo o non appartenente all'ordinamento nazionale) sottintende la disponibilità di limitare uno dei due elementi della commistione. In sostanza, o si accetta che il giudice possa risentire di influssi estranei al meccanismo fattuale e probatorio di cui sono normalmente onerate le parti, orientando la propria libera decisione in modo da renderla un po' meno libera. Oppure, si ritiene che la presenza di una decisione amministrativa non costituisca per il giudice che un indizio, di valore quasi nullo, se non confortato da tali e tanti altri elementi probatori da poter essi soli sostenere la decisione, in questo modo, svuotando di ogni valore il contributo amministrativo all'accertamento giudiziale. La seconda opzione è attualmente quella dominante tra gli interpreti ed in giurisprudenza, almeno in linea teorica.

Sotto l'ulteriore profilo della diversità tra le decisioni che giudici nazionali possono adottare su questioni simili o identiche, la dottrina non esclude che le loro prassi giurisdizionali possano lentamente armonizzarsi a livello europeo, seppure con le cautele dovute alla certezza e alla coerenza richieste in ogni ipotesi di decentramento⁴²¹. L'esigenza di un controllo impugnatorio delle Corti comunitarie sui giudici nazionali trova spazio solo nelle interpretazioni più diffidenti⁴²², mentre la maggior parte degli interpreti è soddisfatta del generale meccanismo di controllo interpretativo offerto dall'art. 234, sostenuto, nel caso dell'*antitrust*, dal ruolo consultivo della Commissione.

Proprio l'utilizzo della categoria della consulenza, piuttosto che di quella dell'orientamento, consente di attenuare in parte i rischi già esaminati di

⁴¹⁹ BRKAN, *Procedural aspects of private enforcement of EC antitrust law: heading towards new reform?*, in *World comp.*, 2005, p. 505 s.

⁴²⁰ ANDREANGELI, *The enforcement of article 81EC*, cit., p. 266 s.

⁴²¹ McCURDY, *The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 515 ss.; EILMANSBERGER, *The green paper*, cit., p. 462 s.

⁴²² McCURDY, *The impact*, cit., p. 515 ss.

interferenza sull'autonomia giurisdizionale. L'affermazione non è risolutiva, in quanto anche il consulente può avere con il giudice un rapporto che oscilla tra l'irrelevanza e la prevaricazione, situazione ineliminabile ogniqualevolta un soggetto terzo viene affiancato al giudice nella sua esclusiva attività di istruire e decidere la lite. Anche la giurisprudenza comunitaria è prudente sul punto, per evitare che l'interferenza sull'autonomia processuale degli stati, sia imputabile addirittura all'organo amministrativo comunitario. A questo atteggiamento cauto può ricondursi anche la sentenza Corte giust., *Banca Privada*, C-67/91, del 16 luglio 1992, che limita l'impiego nel processo nazionale delle prove (non della decisione) raccolte dalla Commissione, stabilendo che alcuni elementi valgano come meri indizi dei fatti, che restano da provare con i mezzi di prova ordinari del diritto nazionale.

Per raccordare al meglio l'attività dei giudici nazionali con quella della Commissione, è stata specificamente elaborata la Comunicazione sulla cooperazione, mentre il regolamento n. 1/2003/Ce, prevede espressamente sia il divieto di una decisione giurisdizionale in conflitto con quella della Commissione (art. 16), che l'intervento delle autorità amministrative nel processo civile come *amici curiae*, anche tramite osservazioni scritte. In questo modo il giudice nazionale che applichi i divieti comunitari *antitrust* ha una duplice possibilità di supporto per orientare la propria decisione, potendo rivolgersi sia alla Corte di giustizia che alla Commissione. Dopo la pubblicazione, le sentenze dei giudici nazionali dovrebbero poi confluire alla Commissione per un'ulteriore informale controllo di conformità. In pendenza del processo, invece, lo strumento del giudice nazionale per evitare i conflitti è quello della sospensione del procedimento civile, in attesa della decisione della Commissione. Per l'ordinamento italiano si configura così una particolare ipotesi di pregiudizialità amministrativa-comunitaria, non prevista dalle norme vigenti quale causa di sospensione del processo. La sospensione è infatti un istituto processuale rimesso al diritto nazionale, che non può funzionare correttamente senza l'armonizzazione (e la modifica) delle norme processuali nazionali. Sul caso italiano si avrà modo di esprimere ancora qualche considerazione nel prossimo paragrafo.

Per concludere su questo profilo, va ricordato che il conflitto tra giudicato e decisione amministrativa può verificarsi solo in caso di totale identità di condotte, o di assoluta inconciliabilità degli effetti delle decisioni. Per evitare che si crei un contrasto con le decisioni dei giudici, la Commissione tende a non avviare procedimenti nei casi che ritiene tutelabili presso i giudici nazionali. I fattori di diffidenza verso il *private enforcement* sono però ancora molto presenti in Europa, come dimostrano gli sforzi del Libro Verde. Se la Commissione nega alle parti l'accesso al *public enforcement*, di fatto spingendole forzatamente a ricorrere a quello privato, può interferire gravemente sulle loro possibilità di tutela. Per non ripetere i ragionamenti esposti *supra*, si ricordino le diverse probabilità di riuscire a dimostrare la violazione *antitrust* che hanno il denunciante o la parte in sede civile. Nel primo caso spetterebbe alla Commissione mettere in campo i propri pervasivi strumenti di indagine per dimostrare la sussistenza della violazione ed i comportamenti illeciti. Nel secondo caso l'onere di provare gli stessi elementi incombe interamente sulla parte privata, con scarse o nulle prospettive di successo, la certezza di sostenere spese elevate e le incognite proprie delle singole normative processuali nazionali.

Se il conflitto tra i provvedimenti non sia stato evitato con gli strumenti di coordinamento previsti e non possa essere escluso sulla base degli elementi che differenziano le fattispecie, va stabilito se debba prevalere la decisione del giudice o quella della Commissione. La già citata giurisprudenza comunitaria *Lucchini* ha recentemente affrontato la questione del rapporto tra sentenza nazionale e decisioni comunitarie stabilendo che il giudicato nazionale debba cedere al primato comunitario, con un'interpretazione isolata e discussa. Se si volesse trasferire questa interpretazione nell'ordinamento italiano, in caso di conflitto tra una decisione della Commissione e un giudicato nazionale, sarebbe difficile individuare uno strumento processuale con il quale giustificare la caducazione del giudicato per contrasto amministrativo-comunitario (mentre nel caso della decisione del garante prevarrebbe comunque il giudicato). Forse, solo in sede di opposizione all'esecuzione, o di impugnazione straordinaria il fatto (amministrativo) sopravvenuto, potrebbe essere oggetto di una qualche

eccezione⁴²³. Non si tratta però di una soluzione sistematica della questione, proprio perché nel nostro ordinamento, come in quello di molti stati europei, la forza del giudicato è seconda solo a quella della legge.

Alla luce di tutti i dubbi che ancora offuscano l'orizzonte della cooperazione *antitrust*, la dottrina concorda nel sottolineare che il regolamento n. 1/2003/Ce, oltre a non mettere in campo reali politiche di incentivo al ricorso al giudice, non affronta neppure in modo soddisfacente i problemi di conflitto e coordinamento tra giudici e organi amministrativi nel sistema decentrato⁴²⁴. Si potrebbe ritenere che il regolamento non vada oltre la predisposizione di una prima bozza di sistema, lasciando la specificazione dei dettagli (soprattutto processuali) ad occasioni normative ed interpretative successive, non necessariamente comunitarie. Come si vedrà nelle conclusioni di questo lavoro, le sfide che il regolamento n.1 lancia (o non coglie) appaiono più numerose di quelle che invece coglie. Purtroppo, le esigenze di garantire un controllo efficiente e una tutela efficace non possono essere rinviate.

3.2 *Private enforcement* del giudice italiano.

Da quanto precede emerge chiaramente che le norme comunitarie, salvo prevedere la diretta applicazione dei divieti *antitrust* da parte dei giudici nazionali e qualche rozza forma di raccordo tra la loro attività e quella della Commissione, rimettono quasi integralmente agli stati l'attuazione del *private enforcement*. Il problema generale che si pone a livello comunitario è essenzialmente quello di garantire comunque una tutela omogenea agli interessati, anche in un quadro normativamente molto differenziato. Per quanto riguarda la cooperazione con i giudici e gli organi comunitari, cui si riferiscono anche le Comunicazioni ed il regolamento in commento, va ricordato che anche se si fonda sul risalente art. 10 del trattato, la sua esatta portata è sempre in corso di interpretazione ed è entrata solo lentamente nella mentalità dei giudici italiani⁴²⁵.

⁴²³ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 127 ss.

⁴²⁴ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 118 ss.

⁴²⁵ IANNONE, *The duty of cooperation between national courts and authorities and community institutions for the purposes of article 10 of the Treaty of Rome*, in *Dir.un.eur.*, 2001, p. 497 ss.

Dopo questo doveroso raccordo con il paragrafo precedente è ora possibile passare ad analizzare le complessità dell'applicazione dei divieti *antitrust* da parte dei giudici italiani. Da questo punto di vista quello che emerge con maggiore evidenza in Italia è la necessità di individuare un ulteriore livello di coordinamento tra i vari giudici civili coinvolti nell'*enforcement* privato. Oltre all'intervento del giudice amministrativo in sede di impugnazione delle decisioni dell'autorità garante, infatti, il sistema italiano è articolato in un doppio livello di *enforcement* civile, ognuno dei quali è devoluto alla competenza di un diverso giudice ordinario. La distinzione si basa sulla circostanza che il giudice sia chiamato ad applicare la legge nazionale oppure direttamente i divieti comunitari. La possibilità che le due normative *antitrust* si sovrappongano, almeno in parte, soprattutto in seguito all'adozione del regolamento n. 1/2003/Ce crea ulteriori difficoltà di funzionamento al sistema.

In Italia, infatti, il giudice competente ad applicare la legge nazionale *antitrust* è in via esclusiva la Corte d'appello, mentre i divieti comunitari sono applicati dal giudice designato dalle normali regole di competenza. La competenza esclusiva della Corte d'appello riguarda solo le azioni civili di nullità e di risarcimento fondate sulla l. n. 287/90, è prevista dall'art. 33 della stessa norma e prevede un unico grado di giudizio. La riserva non è applicabile estensivamente a tutte le liti in cui si applichino i divieti *antitrust*, pertanto, le azioni basate sugli artt. 81 e 82 sono devolute al giudice ordinario, che in primo grado è quasi sempre il tribunale, ma che nelle ipotesi di azioni dei consumatori può comportare il ricorso al giudice di pace sulla base del valore della domanda⁴²⁶. Paradossalmente, questa ipotesi residuale di competenza per le cause di modesto valore economico (i consumatori sono tecnicamente esclusi dalla l. n. 287, salvo quanto si preciserà) ha invece rappresentato per l'Italia il vero banco di prova del *private enforcement antitrust* e proprio davanti al giudice di pace si è sviluppato gran parte del contenzioso privato risarcitorio, sulla scia delle richieste dei consumatori contro le compagnie assicuratrici di cui si parlerà a breve.

L'individuazione della competenza *antitrust* nei processi civili si è tradizionalmente basata sulle allegazioni delle parti. Di conseguenza, la Corte

⁴²⁶ GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust*, cit., p. 229 ss.

d'appello risultava competente ogniqualvolta la parte attrice avesse invocato l'applicazione della l. n. 287, mentre era competente il tribunale se l'attore richiedeva l'applicazione del diritto comunitario oppure (in origine) l'adozione di provvedimenti (ad es. cautelari) che superassero i limiti prescritti al sindacato esclusivo della Corte. Ovviamente, la citata regola consente sempre al convenuto l'eccezione di incompetenza nella sua prima difesa⁴²⁷. Per chiosare brevemente sulla competenza territoriale, va dato atto del dibattito che ha riguardato l'individuazione del *forum commissi delicti* nelle azioni di risarcimento *antitrust* (inizialmente individuato in modo oscillante tra il luogo di commissione del fatto e quello di produzione del danno). Nel caso invece in cui la violazione delle norme *antitrust* sia riferibile ad un contratto, si fa pacificamente riferimento al luogo della sua conclusione.

In questo scenario si è inserita la disciplina del regolamento n. 1/2003/Ce, che impone al giudice nazionale di scegliere la normativa *antitrust* di riferimento, eventualmente applicando in parallelo quella nazionale e quella comunitaria. Si tratta di un'evoluzione destinata a riflettersi sull'applicazione del criterio di competenza sinora utilizzato. Adesso, per statuire sulla propria competenza i giudici dovranno preliminarmente verificare, oltre alle allegazioni dell'attore in relazione alla legge applicabile, se la condotta oggetto di accertamento pregiudichi il commercio tra gli stati membri e comporti pertanto (anche o soltanto) l'applicazione diretta degli artt. 81 e 82. Questa valutazione preliminare, che si spinge sul merito e supera i limiti della normale verifica di competenza rimessa al giudice in ogni processo, può comportare conseguenze imprevedibili a priori: la designazione di una giurisdizione straniera, della Corte d'appello o del tribunale.

Da un quadro generale, già complicato, va tenuto distinto il problema della possibilità di applicazione contemporanea della disciplina nazionale e di quella comunitaria da parte del giudice nazionale. Si tratta di una possibilità riconosciuta espressamente dal regolamento n. 1 e ribadita dalla successiva giurisprudenza, che in Italia si traduce in una grossa complicazione processuale, visto che nel disegnare il meccanismo di applicazione

⁴²⁷ TAVASSI, SCUFFI [TAVASSI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 238 s.

giurisdizionale della legge nazionale *antitrust* il legislatore ha optato per la competenza esclusiva.

L'individuazione della norma *antitrust* applicabile (al di là delle allegazioni), presenta una prima difficoltà per il giudice, che deve riuscire a delimitare un oggetto molto complesso *in limine litis*. A questo primo problema generale, che può comunque essere gestito dal giudice, si può aggiungere la necessità di escludere o di coordinare i processi eventualmente instaurati parallelamente, in autonoma applicazione delle due normative. Per concludere, la flessibilità comunitaria crea un autentico enigma sulla competenza, nei casi in cui il giudice nazionale può applicare “anche” la norma nazionale insieme a quella comunitaria (ossia, in un unico processo l'applicazione parallela delle norme *antitrust* nazionali e comunitarie è rimessa ad uno stesso giudice).

Per quanto riguarda la seconda questione, ossia i rapporti tra il processo davanti alla Corte e quello davanti al giudice ordinario, l'applicabilità della litispendenza è stata tradizionalmente esclusa a causa della diversità di *petitum* e di *causa pretendi* tra i due giudizi. Tuttavia, il problema del coordinamento e del possibile conflitto di giudicati non appare ancora risolto. Infatti, le categorie giuridiche riescono in alcuni casi ad essere più sottili della realtà e la distinzione molecolare che permette di escludere la litispendenza, non necessariamente sottintende una altrettanto evidente autonomia nell'ambito e negli effetti dell'accertamento. Per tentare di colmare la lacuna si potrebbe usare lo strumento della connessione, piuttosto che quello della continenza, nonostante la difficoltà posta a questa forzatura dalle ragioni del rigore sistematico e processualistico. La competenza esclusiva inderogabile della Corte d'appello osta all'impiego di meccanismi di modifica della competenza e la riunione è esclusa perchè comporterebbe la perdita di un grado di giudizio per le parti che avevano originariamente adito il tribunale. Ciononostante, si tratta probabilmente degli unici istituti che possono utilizzarsi per cercare di coordinare i processi *antitrust*⁴²⁸.

La soluzione da più parti auspicata per risolvere la situazione italiana percorre la via più radicale della concentrazione (normativa) presso il giudice ordinario o presso la Corte d'appello di tutti i giudizi in materia di concorrenza.

⁴²⁸ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 190 s.

Si richiede dunque a gran voce l'unificazione delle competenze ad applicare sia la legge nazionale che quella comunitaria⁴²⁹. L'accentramento davanti ad un solo giudice di tutta la materia *antitrust* pare una scelta inevitabile. Entrando nel merito di tale scelta, non pare di poter condividere quella dottrina che preferirebbe privilegiare la Corte d'appello, in virtù della sua maggior specializzazione⁴³⁰. E' infatti indubitabile che la materia *antitrust* richieda (già) grande specializzazione da parte dei giudici ordinari, caratteristica che potrebbe facilmente essere potenziata con l'istituzione di apposite sezioni e con la sottrazione di questa materia al giudice di pace, decisamente non attrezzato allo scopo. Per motivi di ordine sistematico e pratico è dunque preferibile optare sulla competenza generale del giudice ordinario, eliminando la competenza esclusiva in unico grado della Corte d'appello che mette molto a disagio le parti, soprattutto quando si tratta dei consumatori. Inoltre, non pare disprezzabile l'idea di deflazionare le Corti, già in difficoltà ad evadere altre competenze esclusive come quelle attribuite loro dalla Legge Pinto. Purtroppo, l'opportunità di un intervento tanto importante non è stata finora colta dal legislatore italiano.

Come si è già evidenziato, le competenze della Corte d'appello in unico grado per le azioni di nullità e risarcimento nascenti dalla l. n. 287 e quelle del giudice ordinario in tutti gli altri casi di illecito *antitrust*, oltre alle ipotesi di applicazione concomitante delle due normative da parte dello stesso giudice pongono complicazioni ingiustificabili in un sistema già tanto articolato e bisognoso di certezza e celerità. A tacer d'altro, anche se la legittimità costituzionale della competenza in unico grado della Corte d'appello è stata pacificamente affermata dalla Suprema corte, la discriminazione rispetto ai casi in cui viene invocato il diritto comunitario pare difficile da giustificare. Tornando alle ragioni addotte dalla Corte costituzionale per ribadire la legittimità della scelta del foro esclusivo operata dalla l. n. 287, colpisce che uno degli argomenti più utilizzati sia stato quello di garantire la celerità al giudizio *antitrust*, con il conforto dell'assenza dell'obbligo di un doppio grado di giurisdizione dalle norme costituzionali e dai precetti internazionali⁴³¹.

⁴²⁹ GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust*, cit., p. 232.

⁴³⁰ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 198 s.

⁴³¹ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 186 s.

Addentrandosi ora nelle complessità del sistema attuale delle competenze previste dal legislatore italiano, va dato atto del dibattito che se ne è occupato diffusamente, senza mai abbandonare del tutto un'interpretazione restrittiva della competenza della Corte d'appello aderente alla l. n. 287. In particolare, questa interpretazione restrittiva si è manifestata in materia di provvedimenti cautelari d'urgenza. La tutela cautelare *antitrust* davanti alla Corte d'Appello è infatti limitata dalla lettera della l. n. 287/90 ai provvedimenti d'urgenza relativi alle azioni risarcitorie e di nullità, in funzione strumentale alle azioni di competenza esclusiva. L'iniziale interpretazione rigorosa ha ricondotto alla competenza della Corte la pronuncia dei soli provvedimenti strumentali alle domande di nullità e di risarcimento (cui si riferisce la norma sulla competenza esclusiva), e solo con una successiva evoluzione questa competenza ad adottare misure cautelari è stata estesa anche agli altri casi di azioni fondate sull'applicazione della l. n. 287/90. Superando il già citato orientamento restrittivo, l'art. 33 della l. n. 287/90 è stato inteso come norma esemplificativa, che prescrive la competenza esclusiva della Corte d'appello per tutte le questioni di tutela legate alla l. n. 287, senza esaurire la casistica dei rimedi esperibili in unico grado nelle azioni risarcitorie e di nullità⁴³². Meno problematico è invece il caso della potestà cautelare del giudice ordinario, riconosciuta da tempo dalla dottrina indipendentemente dal giudizio di merito, ora confortata anche dal tenore del nuovo regolamento n. 1/2003/Ce⁴³³.

La competenza *ante causam* è attribuita al giudice singolo, mentre la Corte in composizione collegiale funge da giudice del reclamo⁴³⁴. Quanto al rito applicabile, l'orientamento prevalente ritiene applicabile le forme del processo ordinario di cognizione davanti al tribunale⁴³⁵. Come paradigma di misura cautelare, il giudice italiano *antitrust* ha tradizionalmente utilizzato l'art. 700 c.p.c., anche perché la l. n. 287 parla di "provvedimenti urgenti", probabilmente intendendo tutte le misure cautelari, con un'imprecisione che però non può essere superata senza pesanti forzature tecniche. Indubbiamente l'art. 700 c.p.c. possiede la versatilità necessaria ad ospitare un contenuto molto vario,

⁴³² ACERBONI, *Controllo giudiziario*, cit., p. 816 ss.

⁴³³ ACERBONI, *Controllo giudiziario*, cit., p. 821 ss.

⁴³⁴ TAVASSI, SCUFFI [TAVASSI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 223 s.

⁴³⁵ ACERBONI, *Controllo giudiziario*, cit., p. 823 ss.

che può comprendere il provvedimento inibitorio, ma anche l'obbligazione a contrarre. A questo proposito, va segnalato che inizialmente si era escluso che l'azione *antitrust* davanti alla Corte d'appello potesse comportare modificazioni dei rapporti giuridici tra le parti o la creazione di nuovi vincoli contrattuali⁴³⁶.

L'originaria restrizione delle possibilità che la Corte adottasse misure cautelari è stata indirettamente attenuata dalla recente modifica della l. n. 287/90, con cui si è previsto che esse possano essere richieste all'autorità garante, nel corso del procedimento amministrativo. In questo modo, pur limitando alla lettera della legge i poteri della Corte, alle parti viene restituito uno strumento alternativo di procedimento cautelare *ante causam*. Questa modifica ha in realtà trasferito nel procedimento amministrativo dei provvedimenti che hanno prevalenti caratteristiche processuali, con ben poco a che vedere con l'inibitoria o la sospensiva dell'azione amministrativa. Eppure queste misure vengono adottate direttamente da un organo amministrativo (l'a.g.c.m.) creando un'anomalia, oppure l'ennesima commistione di piani.

A proposito del coordinamento tra il procedimento giurisdizionale e quello amministrativo, tema già delineato a livello europeo su un piano generale, va tenuto presente che il problema si pone anche tra l'autorità garante e il giudice civile italiano, con le complessità che la duplicazione delle competenze giurisdizionali comporta. Sul ruolo delle decisioni amministrative nel processo civile l'interpretazione prevalente in dottrina (ma comprensibilmente rifiutata in giurisprudenza), ritiene che i provvedimenti dell'a.g.c.m. siano vincolanti per il giudice, almeno in linea di principio. Conseguentemente, il giudice civile non potrebbe discostarsi dalla valutazione amministrativa data alla condotta vietata, salvo i casi in cui possa essere rilevato un vizio di legittimità che giustifichi la disapplicazione del provvedimento, in particolare, nei casi generali di incompetenza, violazione della legge o eccesso di potere⁴³⁷. Riconoscere un vincolo del giudice ne comporta di fatto la subordinazione alla decisione amministrativa, limitandone grandemente il potere di apprezzamento (soprattutto per quanto si è rilevato nel secondo capitolo a proposito dell'area in cui il provvedimento amministrativo è sottratto anche al controllo impugnatorio). Il presupposto alla base di questa interpretazione che lega il processo alla

⁴³⁶ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 294 s.

⁴³⁷ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 65 ss.

decisione dell'autorità garante, più che alle ragioni pratiche e istruttorie esaminate in ambito comunitario, nell'ordinamento italiano è legato all'idea che esista un'area di decisione amministrativa che non è surrogabile da nessun giudice.

La previsione di un dovere di adeguamento deriva da una interpretazione restrittiva del ruolo del giudice che non si sente qui di condividere, ritenendo piuttosto di doversi sottrarre al condizionamento amministrativo anche tutta l'attività di interpretazione del diritto, che in nulla abbisogna del supporto amministrativo, da limitare eventualmente al piano probatorio e fattuale. Ad una ricostruzione amministrativistica, è quindi possibile contrapporre un approccio più processualistico, che parte dal diverso dato della completezza dei precetti *antitrust*. Trattandosi di norme che non abbisognano del completamento amministrativo per raggiungere il proprio scopo, i divieti in oggetto si dimostrano perfettamente sufficienti a guidare l'accertamento dei fatti da parte del giudice. Il corollario naturale di questo ribadito legame tra il giudice e la sola legge è quello di negare al provvedimento amministrativo qualsiasi efficacia vincolante nel processo civile. L'autorità vincolante del precedente amministrativo nel processo è esclusa anche dalla prassi delle Corti d'appello, che però, di fatto, riconoscono all'autorità garante un'autorevolezza che si riflette sul giudizio. Questa ricostruzione teorica restituisce ai due livelli (amministrativo e giurisdizionale) la loro piena autonomia concettuale, essendo entrambi fondati solo e direttamente sulla legge, quindi, reciprocamente irrilevanti.

Si tratta però anche in questo caso di un'opzione troppo estremizzata, che non riesce a sposare le esigenze pratiche dell'accertamento e della tutela con la rigorosa coerenza sistematica. Il più importante difetto dell'adesione integrale all'interpretazione "autonomista" è evidentemente quello di pregiudicare le possibilità di ottenere tutela per le parti, quindi frustrando le ragioni stesse del livello privato di *enforcement*. Il rischio è quello di privare la parte di uno strumento di prova ineludibile e spesso fondamentale quale è l'accertamento della violazione compiuto dall'autorità. Non va dimenticato, infatti, quanto osservato a proposito dello scarso ricorso alla tutela privata, che ha finora trovato applicazione quasi esclusivamente se trainata dall'accertamento amministrativo, per potersi avvalere dei risultati pregressi. La

totale irrilevanza dei due piani di *enforcement* crea la stessa situazione che si verifica quando l'azione è proposta solo in sede civile, senza il previo esperimento del rimedio amministrativo. I dati dimostrano che la piena autonomia non interessa alle parti perchè non garantisce a sufficienza i loro diritti. Per questo motivo ci si sforza di recuperare al provvedimento amministrativo un ruolo probatorio nel processo, ruolo atipico e bisognoso di una delimitazione, trattandosi spesso di un misto di valutazioni tecniche e giuridiche che è difficile separare⁴³⁸. L'unica soluzione pare comunque quella di includere la decisione amministrativa nella strumentazione probatoria del processo.

Se la parte non è in grado di produrre il provvedimento amministrativo per non aver partecipato al procedimento (è il caso classico del terzo danneggiato ma non denunciante), il giudice potrà utilizzare l'art. 213 c.p.c. per ottenerne l'esibizione da parte dell'autorità, o anche l'art. 210 c.p.c. su istanza di parte. L'inquadramento del provvedimento del garante tra le prove, evidentemente, atipiche, va comunque circondato di cautele. Si tratta di un elemento che non può bastare da solo a dimostrare i fatti rilevanti, né può fondare una presunzione, perché mancano i requisiti della concordanza e della gravità, mentre quello della precisione forse potrebbe essere recuperato. Si tratta quindi di un elemento indiziario e come tale sussidiario all'istruzione probatoria⁴³⁹. Questa opzione limitativa rischia di annullare gran parte dell'utilità del provvedimento amministrativo, ma si muove sulla linea della coerenza sistematica e nel rispetto dei limiti del nostro ordinamento.

All'estremo opposto, l'orientamento più risalente proponeva addirittura che le Corti d'appello potessero decidere solo le controversie su diritti conseguenti a decisioni dell'a.g.c.m. Questa opzione è stata poi abbandonata, ma giova menzionarla per sottolineare che anche in Italia la ricerca di un punto di equilibrio o di una prevalenza netta tra i due piani è stata a lungo controversa. All'esito del dibattito, si è giustamente affermata una ricostruzione meno limitativa del ruolo del giudice ordinario, aprendo alle teorie più sensibili ad una piena autonomia di ogni *enforcement*. Secondo l'interpretazione

⁴³⁸ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 72 ss., sulla disapplicazione dei provvedimenti di autorizzazione in deroga p. 220 ss.

⁴³⁹ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 140 ss.

“biraria”, da preferire, i due livelli di tutela e di procedimento sono infatti autonomi perché proteggono interessi diversi (pubblico e privato, affermazione fissata anche all’inizio di questo lavoro). Posto che le fattispecie dei divieti *antitrust* sono precetti completi, che non vengono concretizzati dalla decisione dell’a.g.c.m. ma che hanno di per sé un valore vincolante autonomo cui il giudice si deve riferire, la dottrina ne ha derivato l’impossibilità di una qualsiasi subordinazione del giudice, negando la sussistenza di un suo dovere di attendere la decisione dell’autorità, anche se il regolamento n. 1/2003/Ce spinge forse a rivedere questi rapporti in una luce di prevalenza amministrativa. In questo senso si fa riferimento alle norme che vietano al giudice nazionale di decidere in conflitto con la decisione della Commissione⁴⁴⁰.

La necessità di un coordinamento emerge anche nella prassi, che porta il sistema *antitrust* ad ammettere un tendenziale dovere di adeguamento del giudice alle valutazioni dell’autorità. Questo atteggiamento riflette esattamente quanto previsto dal regolamento n. 1/2003/Ue a proposito del dovere del giudice nazionale di rispettare le decisioni della Commissione, parificando ad esse quelle delle autorità nazionali in modo piuttosto plausibile. Come si è visto, la dottrina ha comunque ormai escluso che l’eventuale adeguamento giurisdizionale possa intensificarsi fino al vincolo, e ha ritenuto che la qualificazione dei fatti operata dall’autorità amministrativa, se illegittima, possa liberamente essere disattesa dal giudice⁴⁴¹.

Da quanto precede risulta evidente che anche a livello nazionale l’interazione tra giudizio civile e procedimento amministrativo richiede una soluzione normativa. In particolare, il problema è evidenziato dalla previsione di competenze pienamente concorrenti tra i due sistemi. Tuttavia, gli strumenti processuali previsti nel Codice di procedura civile vigente non sono idonei a fornire una soluzione efficace e coerente all’esigenza di coordinare la decisione giurisdizionale con quella amministrativa, nelle varie sfumature che tale coordinamento può assumere. Più in particolare, nel caso di pendenza sia del procedimento davanti al garante che del processo davanti al giudice, secondo la dottrina prevalente e condivisibile, va esclusa la possibilità di applicazione

⁴⁴⁰ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 174 ss.

⁴⁴¹ TAVERNESE, *Controllo dei provvedimenti antitrust*, in *La concorrenza*, a cura di CENDON, cit., p. 804 s.

dell'art. 295 c.p.c. sulla sospensione necessaria del processo civile. La norma, infatti, è applicabile solo nei casi di litispendenza giurisdizionale e l'autorità garante non è un giudice. La sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. è esclusa dall'asserita indipendenza dei due procedimenti (uno dei quali non è neppure un "giudizio" ma un mero procedimento amministrativo)⁴⁴². Oltre al dato formale, manca poi qualsiasi possibilità di fondare nel merito una pregiudizialità necessaria della decisione amministrativa rispetto al giudizio civile. Questa limitazione deriva dall'accoglimento della ricostruzione pienamente autonoma delle due forme di tutela. L'autonomia, come in ambito comunitario, non può però risolversi in una totale indifferenza. Ammettendo comunque il ricorso alla sospensione, questa dovrebbe riguardare sempre il processo davanti alla Corte, perché l'applicazione delle norme comunitarie negli intenti del legislatore *antitrust* italiano è prevalente. Tuttavia, la stessa domanda potrebbe richiedere sia l'applicazione della normativa italiana che di quella comunitaria, ipotesi rafforzata dal regolamento n. 1, ma già possibile in precedenza. Sulle varie domande della stessa azione, invece, le competenze potrebbero separarsi in ragione della legge applicabile. Oltre a sospensioni e decisioni incidentali non pare di scorgere nel meccanismo italiano altre soluzioni di coordinamento tra i giudizi di merito.

Dato atto che nella prassi i giudici non sospendono mai il processo in attesa della decisione dell'a.g.c.m., l'argomento rischia di sembrare meramente accademico. Eppure, l'utilità di sospendere il processo civile si potrebbe ravvisare nella necessità di attendere la formazione del provvedimento amministrativo, da utilizzare poi come prova. Il principio dispositivo non sembra molto compatibile con questa ipotesi di assistenza alle parti in causa, che risultino sprovviste di una prova decisiva. Opererebbe infatti in questo caso la regola di giudizio dell'art. 2697 c.c. Tuttavia, la difficoltà oggettiva di reperire (tutte) le prove degli illeciti *antitrust*, potrebbe giustificare il compromesso per l'esigenza di garantire una possibilità di tutela a diritti che altrimenti sarebbero discriminati.

⁴⁴² TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 177 s. La funzione di completare il precetto normativo, che potrebbe giustificare l'esigenza di una sospensione del processo in attesa del provvedimento amministrativo è stata ravvisata nel solo caso delle autorizzazioni in deroga previste dalla l. n. 287, che sono tradizionalmente emanate dall'a.g.c.m. con una valutazione non surrogabile dal giudice, (l'applicabilità diretta dell'esenzione comunitaria da parte del giudice ordinario prevista dal regolamento n. 1/2003/Ce crea un evidente disparità di trattamento rispetto all'applicazione della norma nazionale).

A questo proposito, la dottrina dubita anche dell'estensibilità al caso in esame della sospensione facoltativa, avente natura discrezionale e insindacabile, che può essere più facilmente impiegata nel caso di pendenza del giudizio di impugnazione davanti al T.A.R. Lazio contemporaneamente ad un processo di *private enforcement*⁴⁴³. Infatti, anche la sospensione facoltativa è sempre stata utilizzata solo per la contemporanea pendenza di due giudizi ed estenderla oltre questi limiti, per ragioni di pragmatismo processuale, creerebbe un'ipotesi atipica non prevista dall'ordinamento e di discutibile ammissibilità. L'introduzione di una sospensione *praeter legem* è infatti contrastata dalla dottrina più rigorosa, anche se considerazioni di efficienza sistematica potrebbero giustificare un'estensione. La stessa Corte di cassazione ha avuto un orientamento incerto su questo aspetto, fino all' ord. Cass. S.U., n. 14670, del 1 ottobre 2003, che ha escluso le ipotesi di sospensione facoltativa oltre i confini della legge⁴⁴⁴. In attesa di una auspicata risposta del legislatore, l'ulteriore proposta (puramente accademica) della dottrina riguarda l'uso dell'art. 296 c.p.c., ossia della sospensione su richiesta congiunta delle parti, che è però di quasi nulla utilità pratica in questo caso⁴⁴⁵.

Un problema diverso ma collegato al coordinamento delle decisioni è posto invece, a monte, dall'intervento dell'autorità garante nel processo quale *amicus curiae*, indipendentemente dall'adozione di un provvedimento amministrativo sulla violazione oggetto del processo. Come già anticipato è frequente assimilare questa situazione a quella della consulenza tecnica, unico istituto che nel nostro ordinamento consente l'*expertise* all'interno del processo civile. La consulenza tecnica, che non è un mezzo di prova in senso proprio, ha però un ambito molto limitato, nonostante le recenti tendenze espansive dell'istituto. Non può essere meramente esplorativa, può solo approfondire tecnicamente gli elementi portati nel processo dalle parti e non ha valore vincolante. Nella prassi giurisdizionale *antitrust* non è stata finora quasi mai utilizzata.

D'altro canto, non mancano le critiche ad un ricorso troppo semplicistico all'analogia con la consulenza, infatti, mentre la richiesta di documentazione e

⁴⁴³ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 179.

⁴⁴⁴ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 134 ss.

⁴⁴⁵ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 138 ss.

osservazioni alle autorità amministrative è certamente possibile tramite l'art. 213 c.p.c., è più difficile collocare l'autorità (come pure la Commissione) nel novero dei consulenti o degli ausiliari del giudice (soprattutto nel caso in cui la medesima autorità stia istruendo un procedimento sugli stessi fatti). I problemi posti dall'assimilazione al consulente sono molteplici. In primo luogo, e come già accennato, l'interpretazione giuridica non può essere delegata dal giudice ad altri, per il principio *iura novit curia*, ma soprattutto per l'imparzialità e la precostituzione che gli sono propri. L'unica possibilità eccezionale in questo senso, salvi i rimedi impugnatori e forse il sindacato di costituzionalità, è quella di rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale, ma si tratta comunque di un meccanismo infragiurisdizionale, che fa prevalere l'interpretazione dell'organo di vertice e tendenzialmente non riguarda il giudizio di fatto. Per concludere, nonostante l'importanza dell'*expertise* tecnico in materia *antitrust*, il legislatore non ha sinora previsto neppure strumenti di specializzazione dei giudici, nè l'inserimento di esperti nei collegi⁴⁴⁶.

Anche ogni altra ipotesi di ricondurre la partecipazione o l'intervento consultivo dell'autorità allo schema processuale è poco compatibile con il nostro ordinamento. La situazione non muta neanche accostando (con un'evidente forzatura) il garante al P.M. che intervenga nell'interesse della legge, per la mancanza di una disciplina dei poteri dell'interveniente-autorità, che crea insormontabili difficoltà applicative. Soprattutto, ciò è vero per il rischio che l'intervento possa interferire con l'onere di allegazione e più in generale con il principio dispositivo. La dottrina suggerisce giustamente un atteggiamento di diffidenza rispetto all'introduzione di fatti nuovi da parte dell'autorità interveniente, in particolare quando essa stia parallelamente conducendo la propria istruttoria⁴⁴⁷. La stessa limitazione, in virtù degli effetti dell'acquisizione, dovrebbe coprire anche i mezzi di prova.

Salvo i problemi esaminati, l'istruzione probatoria *antitrust* non presenta particolarità processuali rispetto a quella ordinaria. L'onere della prova incombe sulla parte che allega il fatto da provare. Gli strumenti istruttori più utili sono già stati citati: la consulenza tecnica (art. 61 c.p.c.), la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.), che può fornire uno strumento di

⁴⁴⁶ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 270 ss.

⁴⁴⁷ NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 156 ss.

coordinamento con l'attività del garante, mentre è un po' più problematico estenderla al caso di rapporti con gli organi comunitari⁴⁴⁸. A questo proposito va segnalato che, ad oggi, nonostante la richiesta di informazioni potrebbe essere utile all'acquisizione di dati ad es. economici, non è stata quasi mai rivolta all'autorità garante dai giudici. Il legislatore non ha peraltro previsto particolari strumenti processuali per il giudice *antitrust*, a differenza di quanto è avvenuto in altre materie, dove, per motivi diversi si è ritenuto di attenuare il principio dispositivo. Tale principio non viene invece derogato per le liti *antitrust*, forse, sul presupposto superato che non ci siano soggetti deboli interessati a questa forma di tutela.

Dopo avere esaminato le questioni di competenza e coordinamento è ora possibile entrare nel merito dei tipi di azione civile *antitrust* esperibili davanti al giudice italiano. Per maggiore chiarezza ci si concentrerà sulle tipologie di azione (nullità, risarcimento, cautelare) già esaminate nel paragrafo sul *private enforcement* comunitario, tenendo presente che la giurisprudenza italiana si è finora occupata quasi esclusivamente dell'applicazione della legge nazionale *antitrust* e che il regolamento n. 1/2003/Ce non ha ancora provocato conseguenze percepibili sul contenzioso interno. Per quanto riguarda l'azione cautelare si rinvia ai problemi legati alla competenza sollevati nelle premesse, non sussistendo argomenti ulteriori e specifici che sia possibile approfondire in questa sede.

Quanto invece alle altre due tipologie di azioni civili *antitrust* evidenziate nel paragrafo precedente, si segnala sin d'ora che in Italia anche l'azione di nullità dell'accordo vietato, che non pone quasi problemi all'interprete comunitario, ha invece prodotto un certo dibattito interpretativo. Per principio generale di diritto civile la nullità ha effetto *ex tunc* e si ripercuote su tutti i negozi conseguenti e successivi all'atto nullo. Tuttavia, la giurisprudenza ha talora temperato queste conseguenze limitando gli effetti della nullità rispetto ai terzi. In particolare, la Corte di cassazione ha escluso espressamente che la nullità per violazione dei divieti *antitrust* si estenda ai contratti dipendenti da quello illegittimo. In questo modo, evidentemente, si privano i terzi (tra cui i

⁴⁴⁸ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 268 ss.

consumatori) di un'arma formidabile legata allo strumento giurisdizionale e allo stesso tempo si ribadisce la funzione "endo-imprenditoriale" della tutela *antitrust*⁴⁴⁹. Un ulteriore argomento a sostegno dell'intrasmissibilità delle nullità delle intese ai contratti dipendenti viene infatti ricondotto alla natura della normativa *antitrust* italiana, preposta alla tutela del mercato come insieme di imprese e non come luogo di incontro tra queste ed i consumatori (anche se la recente giurisprudenza di legittimità ha ammesso l'azione risarcitoria di questi ultimi, forzando il tenore della l. n. 287, come si vedrà)⁴⁵⁰.

Nel merito, la nullità del contratto per violazione dei precetti *antitrust* è stata pacificamente qualificata come illiceità della causa e contrarietà con norme imperative (forse anche di ordine pubblico), non essendoci i presupposti per parlare di illiceità dell'oggetto del contratto. Anche i limiti soggettivi del giudicato sono stati oggetto di dibattito, perché anche sotto questo aspetto, il terzo non intervenuto nel processo non potrà giovare della pronuncia di nullità contenuta nella sentenza⁴⁵¹. Questa soluzione, una volta trasferita sul piano delle relazioni di mercato, anche se è aderente al principio di limitazione soggettiva del giudicato previsto all'art. 2909 c.c., rischia però di creare situazioni non tutelate correttamente o non attuabili praticamente.

Rispetto all'azione di risarcimento il dibattito interpretativo oltre alla questione della legittimazione ad agire, ha affrontato anche aspetti più specifici di questa tipologia di azione, tra i quali l'individuazione dell'ingiustizia del danno e il trasferimento degli effetti dannosi al mercato. Non hanno avuto grande attenzione, invece, le difficoltà probatorie imposte per le parti dal *private enforcement* in un sistema dispositivo come quello processuale civile⁴⁵². Il riferimento comunitario potrebbe in questo caso aiutare l'interprete italiano segnalando alla sua attenzione che gli ostacoli di accesso alla giustizia compensativa sono il primo problema bisognoso di soluzione. Diversamente, l'impressione che si ricava è che la materia *antitrust* sia stata iniettata nel contenitore processuale italiano, senza porsi nell'ottica di un adeguamento o

⁴⁴⁹ Su questo tema SALOMONE, *Consumatori e antitrust: quale soluzione per un contrasto giurisprudenziale in nuce?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 221 ss.

⁴⁵⁰ GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust*, cit., p. 240 s.

⁴⁵¹ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 298 ss.

⁴⁵² TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel diritto antitrust*, Milano, 1996, p. 78 ss.

della prevenzione dei suoi (prevedibilissimi) problemi di funzionalità e accesso. Ferme restando le giuste resistenze ad ogni semplificazione e forzatura, sarebbe auspicabile una migliore accoglienza delle istanze comunitarie da parte del processo nazionale, cui viene riservata tanta parte nella realizzazione di una tutela (sempre più) effettiva.

In seguito all'estensione del concetto di danno ingiusto ed alle ultime evoluzioni giurisprudenziali può essere utile segnalare che anche la lesione dell'interesse legittimo è ora risarcibile e che questa estensione può interessare anche il campo antitrust, seppure nei limiti in cui questo deborda nella sfera pubblicistica. Il risarcimento può essere chiesto anche per i danni patiti a causa del provvedimento del garante (è però competente il T.A.R. Lazio), ma più spesso è richiesto all'impresa e motivato con la violazione da parte sua delle norme *antitrust*. Come già accennato, la sola violazione delle norme *antitrust* è considerata sufficiente a qualificare come ingiusti i danni da essa conseguenti e a responsabilizzare chi la commetta. La prova e la quantificazione del danno presentano però difficoltà per la parte e per il giudice su cui qui non ci si sofferma oltre, comuni alla materia della concorrenza sleale e all'*enforcement* dell'*antitrust* comunitario.

Proseguendo nell'esame degli elementi caratterizzanti l'azione civile di risarcimento applicata alle violazioni *antitrust*, è noto che questo tipo di responsabilità presuppone anche la (ancor più ardua) prova del nesso di causalità, che deve coprire sia i danni diretti che quelli mediati. La situazione si aggrava ancora per il danneggiato, perchè il danno mediato è molto frequente in campo *antitrust*, essendo frequente la traslazione sul mercato del pregiudizio anticoncorrenziale sull'acquirente finale. Il problema di provare il nesso di causalità ed il danno, in questi casi presenta le stesse difficoltà osservate in ambito comunitario e rappresenta uno dei principali deterrenti all'accesso al *private enforcement*. Inoltre, è stata esclusa la legittimazione ad agire dei terzi che abbiano patito una perdita economica contraendo con la vittima dell'illecito. Il loro è stato ritenuto un danno non risarcibile perché sprovvisto di relazione causale diretta con la condotta dannosa. Analogamente, si è a lungo argomentato in giurisprudenza per escludere dall'azione i consumatori, che quasi per definizione lamentano in giudizio danni indiretti. A margine di queste

considerazioni, non può però negarsi che la lettera e lo spirito della l. n. 287 (in modo più evidente di quanto accada per gli articoli 81 e 82) sono realmente ispirati e congeniati per proteggere gli interessi delle sole imprese e non si adattano automaticamente a tutelare i diritti dei consumatori⁴⁵³. Questa inconciliabilità normativa, invece di essere risolta, viene di fatto riversata interamente sui giudici in sede applicativa.

Quanto all'elemento soggettivo della condotta, necessario per configurare una responsabilità aquiliana generale ex art. 2043 c.c., in analogia a quanto accaduto in sede comunitaria, se ne è esclusa la rilevanza tanto per la responsabilità da concorrenza sleale, quanto per le violazioni della normativa *antitrust*. Pertanto, si può ritenere che la semplice commissione dell'infrazione responsabilizzi oggettivamente al risarcimento del danno in tutti i casi di violazione di norme, nazionali o comunitarie, *antitrust*⁴⁵⁴. Si è dunque configurata una responsabilità di tipo causale, che prevede il risarcimento come conseguenza necessitata della violazione, previa rigorosa dimostrazione del nesso causale tra la condotta e il danno.

Anche a proposito dell'azione civile di risarcimento, il tema nodale di questi anni è stato quello della limitazione della legittimazione attiva all'azione di risarcimento. Tradizionalmente, la dottrina è orientata per ammettere solo la legittimazione dei concorrenti e fino ad anni recenti i consumatori finali sono stati effettivamente esclusi dalle azioni risarcitorie *antitrust* fondate sulla l. n. 287, mentre sono state ammesse le associazioni di imprese di categoria⁴⁵⁵. Successivamente, le azioni risarcitorie proposte dai consumatori sono aumentate in tutta Europa e si è quindi posta anche in Italia l'esigenza di estendere loro la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni patiti in conseguenza delle violazioni *antitrust*. Questo è lo scenario in cui la giurisprudenza è cambiata.

La recente sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, *Unipol-RC auto*, n. 2207, del 4 febbraio 2005 ha infatti interpretato la l. n. 287 come norma che

⁴⁵³ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 304 ss., riguardo al consumatore, l'a. richiama anche l'art. 2909 c.c. per escludere la legittimazione del consumatore, seppure tramite associazione, dal provate *enforcement*. L'orientamento restrittivo è stato però superato dalla giurisprudenza della Cassazione nel caso *Unipol*, cit.

⁴⁵⁴ TAVASSI, SCUFFI [SCUFFI], *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 311 ss.

⁴⁵⁵ ACERBONI, *Controllo giudiziario*, cit., p. 818 ss.

tutela la correttezza dei rapporti di mercato tra le imprese, per la prima volta lasciando uno spazio anche agli interessi dei consumatori⁴⁵⁶. Si ricordi che la stessa Corte di cassazione, nella sua sentenza n. 17475, del 9 dicembre 2002 aveva dichiarato inapplicabile l'art. 33 della l. n. 287 all'azione del consumatore, proprio perché la legge *antitrust* tutelava solo le imprese. All'esito di questa evoluzione nella sentenza del 2005, l'orientamento è stato capovolto per dare una risposta alle nuove istanze del mercato. La Corte ha così esteso anche ai consumatori la tutela prevista della l. n. 287 solo per le imprese. Come spesso accade, l'innovazione ha un costo rilevante sul piano della coerenza sistematica. Il passo successivo presupporrebbe infatti l'adeguamento normativo degli strumenti processuali alla nuova categoria di legittimati⁴⁵⁷. Infatti, c'è del vero nell'affermazione che la l. n. 287 nasce e funziona pensando alle imprese, la Cassazione quindi ha compiuto una forzatura certamente adeguata ai tempi, ma che si allontana dal dato normativo e crea un *vulnus* nel sistema che andrebbe recuperato dal legislatore. E' certamente positivo che la giurisprudenza italiana sia uscita da una condizione di staticità inattuale. Non è corretto ritenere che le norme possano frenare l'evoluzione dei diritti, tuttavia, perché si realizzi un reale progresso è necessario che tutto il sistema e non solo qualche isolata avanguardia, si muova coerentemente intorno alle nuove forme di tutela.

Ulteriore elemento positivo è il tentativo di orientare l'evoluzione giurisprudenziale cogliendo l'orientamento comunitario. La brusca accelerazione della giurisprudenza italiana sulla tutela *antitrust* dei consumatori non può infatti non richiamare alla mente la celebrata sentenza *Courage*, addirittura superata dalla pronuncia della Corte di cassazione. Infatti, in quella storica decisione il giudice comunitario ha lasciato moltissimi margini all'ulteriore interpretazione. Ad esempio, non ha qualificato come aquiliana o contrattuale la responsabilità risarcitoria, utilizzata anche dal consumatore nel chiedere una compensazione al giudice. Che si trattasse di una responsabilità extracontrattuale è stato dedotto dal riferimento al danno e non all'inadempimento. Tuttavia, la seconda opzione pare percorribile da quella

⁴⁵⁶ INCARDONA, PONCIBO', *The Corte di cassazione takes "Courage": a recent ruling opens limited rights for consumers in competition cases*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 447 ss.

⁴⁵⁷ CASTRONOVO, *Private law remedies for antitrust violations –a point of view from Italy*, in *Private enforcement of EC competition law*, cit., p. 110 ss.

parte della dottrina che, insoddisfatta dei limiti posti dal ricorso all'art. 2043 c.c. ancorché privato dell'elemento soggettivo, ritiene che quella contrattuale sia l'unica forma di responsabilità che in Italia potrebbe legittimamente sostenere le richieste dei consumatori. L'interpretazione è suggestiva perché evidenzia un'ulteriore lacuna dell'ordinamento civile italiano. Infatti, l'art. 2043 c.c. richiede che la situazione giuridica di chi agisce sia tutelata dall'ordinamento perché sussista l'ingiustizia del danno. Questo non si verifica per i consumatori, visto che le norme *antitrust* sono previste essenzialmente a protezione delle imprese e non sono facilmente superabili le limitazioni ad un'estensione della loro portata. L'eventuale svantaggio economico patito dal consumatore, conseguente ad una violazione *antitrust* dell'impresa che gli eroga il bene o il servizio, difetterebbe quindi di un presupposto fondamentale, ancor prima di sostenere la prova del nesso di causalità. Un ulteriore problema è dato dalla necessità che il danno risarcibile sia attuale e persistente. Anche questo elemento è carente nel caso (frequente per i consumatori) di trasferimento all'intero mercato degli effetti della condotta illegittima dell'impresa. Il tramite contrattuale potrebbe risolvere parte di queste difficoltà, restringendo in via interpretativa la portata della dottrina *Courage*, ma l'opzione non pare condivisibile per le forzature che richiederebbe in un sistema che ha sempre concepito il risarcimento *antitrust* nella sua accezione classica di responsabilità extracontrattuale legata alla sussistenza di un danno⁴⁵⁸. Più della parte costruttiva, risulta invece interessante la *pars destruens* di questa evidente provocazione teorica. Essa permette infatti di evidenziare i limiti della categoria tradizionale della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. se applicata al contesto *antitrust*. E' evidente che si tratta ancora dell'unico modello a cui poter fare riferimento, in un settore come quello del risarcimento *antitrust* ai consumatori, di fatto (ma non involontariamente) sprovvisto di una fonte normativa adeguata prima ancora che di utili strumenti processuali.

Per completare la panoramica sulle evoluzioni della giurisprudenza italiana stimulate da quella comunitaria, dopo la sentenza *Courage*, non può non fare riferimento anche in questa sede alla sentenza *Manfredi*. Si è già visto il ruolo di questa decisione per la chiarificazione della portata del *private*

⁴⁵⁸ CASTRONOVO, *Private law remedies*, cit., p. 112 ss.

enforcement nel sistema comunitario *antitrust*. Va ora precisato che la decisione della Corte di giustizia è stata provocata dal rinvio pregiudiziale del giudice italiano, che ha poi proseguito il processo di merito pendente avanti a sè. Purtroppo, anche in questo caso come nel precedente *Courage*, il giudice di merito (il giudice di pace di Bitonto) ha malamente recepito l'orientamento interpretativo della Corte, a dimostrazione della necessità di una guida comunitaria costante su temi di difficile comprensione da parte del giudice nazionale.

Vediamo allora brevemente il caso *Manfredi*. La competenza del giudice di pace è il frutto dell'impiego delle normali regole processuali. Oltre a quanto già osservato sull'argomento della doppia competenza giurisdizionale *antitrust* in Italia, va segnalato che nel caso di specie l'applicazione dei divieti comunitari *antitrust* era stata invocata dai consumatori. Essi risultavano certamente esclusi dall'ambito di competenza esclusiva fissato dalla l. n. 287, ma erano legittimati ad agire per il risarcimento dopo la citata sentenza *Unipol*. Il basso valore della domanda proposta ha comportato, ovviamente, che tra i giudici ordinari sia stato designato il giudice di pace. Ribadite queste premesse generali, si segnala che nella sentenza *Manfredi* il giudice di pace aveva dichiarato la propria competenza essenzialmente seguendo il tradizionale criterio di allegazione, ossia perché chiamato dalle parti ad applicare l'art. 81 del trattato. La soluzione appare chiara anche se di una semplicità forse eccessiva, prestandosi anche al sospetto di essere funzionale all'attrazione della competenza dell'azione del consumatore davanti al giudice di pace, approfittando del quadro confuso e dei vuoti della disciplina italiana. E' però vero che, esclusa la competenza esclusiva, il giudice ordinario competente, secondo il criterio del valore e del territorio, risulta essere il giudice di pace adito. Le riserve sulla capacità di un giudice di pace di cogliere fenomeni complessi come gli illeciti antitrust non hanno nessun peso, una volta ammessa la legittimazione del consumatore al private enforcement, senza introdurre (ulteriori) canali specializzati.

Per proseguire l'analisi processuale della vicenda, va poi segnalato che la non vincolatività del precedente amministrativo per il giudice, vista in questo caso con sfavore dalla dottrina⁴⁵⁹, insieme alla soglia di valore bassa, hanno

⁴⁵⁹ NEBBIA, *So what happened to Mr Manfredi? The Italian decision following the ruling of the ECJ*, in *Eur.comp.law rev.*, 2007, p. 593 ss.

consentito al giudice di pace addirittura di decidere la causa secondo equità, stabilendo un risarcimento punitivo doppio rispetto al pregiudizio effettivamente patito dalla parte. La sentenza ha assunto un colore quasi statunitense, quindi, con la previsione di un “double damage”. Il ricorso all’equità stride notevolmente con il presupposto della vincolatività delle norme *antitrust*, e sulla loro natura di ordine pubblico ed applicazione obbligatoria, che si impone agli arbitri e non al giudice di pace. Inoltre, con l’occasione, lo stesso giudice ha anche stabilito che il periodo di prescrizione maturasse dalla cessazione del danno, contrariamente ai precedenti ed in particolare alla sentenza della Cassazione n. 2305, del 2007, che aveva invece individuato il momento di decorrenza della prescrizione in quello (precedente) in cui il danno diviene conoscibile. Il giudice di pace si è così liberato in un colpo solo dei vincoli normativi, amministrativi, comunitari e giurisprudenziali percorrendo solitario la via di un’interpretazione del diritto *antitrust* “socialmente utile” ma con tratti di arbitrarietà. La sentenza testimonia quindi un ulteriore problema interpretativo, legato all’estensione della tutela *antitrust* al di fuori dei suoi limiti originari. Il problema è reso ancora più complesso dalla necessità che gli orientamenti giurisprudenziali comunitari trovino una coerenza. Anche questi sono gli effetti collaterali delle lacune, delle disomogeneità ordinamentali e delle difficoltà di coordinamento che solo nelle norme potranno trovare una soluzione efficiente.

Limitandosi ad esplorare gli aspetti processuali del Regolamento n. 1/2003/Ce, questo lavoro non può spingersi oltre nell’analisi delle questioni poste dalle (poche) controversie civili *antitrust* italiane. Si ritiene che il campione di casistica giurisdizionale, salvo le rare eccezioni già riportate, non sarebbe significativo né qualitativamente, non rinvenendosi decisioni che facciano specifico riferimento alle recenti norme europee per quanto qui interessa, né quantitativamente, una volta sottratte dal gruppo le liti decise applicando esclusivamente la legge nazionale. Tuttavia, all’esito di questa ricognizione sulle possibili difficoltà applicative del *private enforcement antitrust* nell’ordinamento italiano, il quadro problematico tracciato in sede comunitaria appare quasi ottimistico rispetto alle complessità e lacune rilevate a livello nazionale. Anche senza porsi in un’ottica di disomogeneità sovranazionale, il caso italiano non può che confermare che le inadeguatezze strutturali e le

regole processuali statali non sono così malleabili come le immagina il legislatore comunitario. Sorvolando anche sulla mancanza di risorse e competenze che contraddistingue il processo civile in Italia, restano comunque dati tecnici a sufficienza per immaginare una risposta lenta e disorganica alle esigenze della tutela *antitrust*. Nelle conclusioni si avrà modo di mettere in relazione questa insufficienza della via giurisdizionale con i limiti, di scopi e di mezzi, già evidenziati nel *public enforcement* per stilare un primo bilancio critico dell'applicazione dei divieti *antitrust* dopo il Regolamento n. 1/2003/Ce. Per ora ci si limita a formulare l'auspicio che tra lo stimolo comunitario e le tradizioni processuali nazionali si instauri una relazione più efficace, o almeno una comunicazione più chiara.

IV. CONCLUSIONI

Il *public enforcement antitrust* e la sua evoluzione.

Dopo aver esaminato i profili processuali e procedurali più rilevanti del Regolamento n. 1/2003/Ce è ora possibile organizzare alcune riflessioni conclusive. L'analisi del provvedimento normativo svolta nel primo capitolo ha dimostrato la grande potenzialità di sviluppo tecnico del settore *antitrust* nel contesto comunitario. Si tratta infatti di una materia complessa, estremamente specialistica, spesso di difficile percezione sociale, ma con una ricaduta molto importante sulla vita economica dei singoli.

Con la consapevolezza, anche organizzativa, della necessità che il meccanismo di controllo *antitrust* funzioni correttamente in ogni sua parte, la Commissione ha predisposto un Regolamento dettagliato sul procedimento amministrativo comunitario, piuttosto intelligibile come modello di quello delle autorità nazionali, estremamente cauto, per non dire carente, sugli aspetti di applicazione giurisdizionale che sono stati rimessi quasi *in toto* agli stati. In questo senso, l'occasione per una soluzione normativa delle molte difficoltà (già

note) di funzionamento del sistema, pare non essere stata colta ed, anzi, trasformata in un ulteriore appesantimento dei meccanismi di controllo. Il termine è forse fuorviante, in quanto la critica che si può muovere all'intervento normativo in esame è in realtà quella opposta di aver allargato solo le aspirazioni, senza cimentarsi sufficientemente, anche per ragioni condivisibili, nel dettagliare le procedure deputate a garantirne il buon funzionamento della rete decentrata. Su molti degli aspetti critici, il Regolamento è stato quindi carente e generico, creando lacune e utilizzando ampi rinvii ad autonomie particolari, ponendosi solo in seguito la difficoltà di un loro coordinamento minimo. L'appesantimento delle aspirazioni è stato quindi abbinato ad un alleggerimento degli strumenti, frustrando le possibilità di un reale progresso.

Il fulcro del provvedimento del 2003, del precedente Regolamento n. 17/62/Cee e di molti degli atti collegati è il procedimento *antitrust* della Commissione. Questo strumento di *enforcement* è stato concepito come amministrativo, ma si è poi giurisdizionalizzato più di quanto avrebbe dovuto. L'aspetto risolutivo della definizione del procedimento è legato, secondo la teoria generale, alla natura delle norme (sostanziali) *antitrust*, la cui *ratio* sarebbe innanzitutto pubblicistica e solo mediatamente privatistica. Nei termini noti alla tradizione italiana, le posizioni tutelate da questi divieti sarebbero prevalentemente interessi legittimi, con sporadiche concessioni ai diritti soggettivi da azionare invece davanti alla giurisdizione civile. Questa prospettiva funzionale è molto utile per rappresentare la duplicità dei livelli di *enforcement antitrust*: quello pubblico, affidato alle autorità amministrative e quello privato, affidato ai giudici. Si tratta di una suddivisione molto condivisibile sul piano generale, che è stata seguita anche in questo lavoro per organizzare l'analisi. Tuttavia, dalla citata natura (prevalentemente) pubblicistica della disciplina sostanziale *antitrust*, si vuole far derivare anche la legittimità delle forme amministrative, escludendo la necessità di quelle garanzie giurisdizionali necessarie al rispetto dei diritti delle parti. Queste garanzie non possono essere introdotte dagli interpreti finché sono escluse dalle norme, e sono escluse dalle norme perché il *public enforcement antitrust* viene disciplinato con lo stesso *standard* di un qualsiasi altro procedimento amministrativo. Il ragionamento circolare è prossimo alla chiusura. Infatti, perché la scelta procedurale sia

accettabile, è necessario che le situazioni tutelate ed i poteri esercitati restino realmente confinati entro i limiti della dialettica amministrativa. Se invece dovesse ammettersi che le forme contenziose e quasi giurisdizionali del procedimento non sono soltanto forzature contenziose di un modello che rimane valido, ma sottintendono invece una relazione propriamente giurisdizionale tra gli interessati e l'organo accertatore, soprattutto dal punto di vista dei possibili effetti della decisione sui diritti (sostanziali e procedurali) dei primi, allora lo schema amministrativo si rivelerebbe soltanto uno schermo dietro il quale si cela tutt'altro. In questo caso le carenze di tutele, contraddittorio ed impugnazione piena, si rivelerebbero ingiustificabili e, anzi, bisognose di un pronto correttivo. Questo correttivo potrebbe assumere due dimensioni. La prima possibilità sarebbe quella di introdurre le garanzie processuali nello strumento procedimentale, mantenendo l'impianto esistente ma proseguendone la mutazione genetica sostanziale. La seconda, preferibile, sarebbe quella di ripensare il controllo *antitrust* affidandolo ad un meccanismo giurisdizionale sia nella forma che nella sostanza. Entrambe le opzioni richiedono un intervento del legislatore più radicale di quanto è avvenuto sinora.

La verifica della reale natura del procedimento amministrativo è stata svolta nella prima parte di questo lavoro, dedicata all'esame analitico delle sue caratteristiche tecniche previste dal Regolamento n. 1/2003/Ce, con particolare attenzione alle fasi dell'istruzione, della decisione e dell'impugnazione. Il risultato della ricognizione analitica ha rivelato un impatto importante dei poteri amministrativi sugli interessati, rilevanti incertezze sulla normativa applicabile e sulla competenza, limitazioni del contraddittorio, difficoltà di protezione delle informazioni riservate. I profili critici sono quantomai evidenti rispetto ai terzi, la cui legittimazione, partecipazione e diritti, sono confinati ai margini della dialettica procedimentale (anche rispetto ad istituti nuovi come le decisioni con impegni ex art. 9). Infine, il riesame giurisdizionale non si è rivelato sufficientemente completo per compensare i *deficit* procedurali dello strumento amministrativo e consentire alle parti di recuperare pienamente il diritto ad una valutazione imparziale sulla loro condotta.

L'analisi strutturale del procedimento consente quindi di dubitare della reale natura del medesimo, per verificare se i grandi poteri inquisitori e le poche

garanzie difensive, la dialettica autoritativa e le limitate possibilità di revisione di quanto deciso che lo contraddistinguono siano accettabili alla luce dei diritti degli interessati, oltre che imposti dalla qualificazione (evidentemente solo) teorica dell'intero settore come "pubblico". All'esito della verifica, il procedimento *antitrust* non risulta essere la sede in cui vengono esercitati poteri amministrativi, autorizzatori, certificativi (discrezionali), quanto piuttosto, un luogo di indagine e repressione, nel quale l'applicazione delle norme avviene in un contesto contenzioso, sulla base principalmente di quanto compiutamente prescritto dalle norme stesse e dove gli interessati (non completamente "parti") sono sottoposti a poteri di indagine e sanzione assimilabili, se non identici, a quelli del giudizio penale. La differenza di garanzie tra il procedimento ed il processo è da questo punto di vista meno giustificabile di quanto accadrebbe fermandosi alle nozioni astratte, come quella della natura del procedimento.

Se il procedimento amministrativo fosse realmente deputato ad un'attività amministrativa, il problema della garanzia ai diritti di difesa dunque non si porrebbe in termini così stringenti (tanto da far invocare la Convenzione europea dei diritti umani, ad esempio). Le forme inquisitorie dell'accertamento e le sue possibili conseguenze sanzionatorie confliggono, invece, profondamente con una ricostruzione meramente amministrativistica dell'istituto. Neanche la circostanza che le violazioni *antitrust* postulino di essere indagate e perseguite nell'interesse e con gli strumenti che solo lo stato può offrire, giustifica l'adozione di forme procedurali amministrative. Infatti, la stessa esigenza di un'indagine inquisitoria su fenomeni complessi e nascosti, accompagnata da una sanzione con un alto grado di deterrenza, nella tutela del pubblico interesse, si rinviene anche nel processo penale. Non è un caso, dunque, se il procedimento amministrativo *antitrust* è stato assimilato al procedimento penale e se ora si prospetta l'opzione di completare l'opera introducendovi l'unico elemento ancora mancante sul piano della deterrenza, ossia, le sanzioni detentive. La giustificazione della scelta di una forma procedimentale, nonostante tutto, ancora amministrativa risiede allora, in ultima analisi, soltanto nella circostanza che nel procedimento *antitrust* non vengono (per ora) comminate sanzioni detentive di tipo penale.

Il problema si pone, sintetizzando, per la forzatura che rischia di verificarsi, laddove uno strumento amministrativo viene potenziato ed utilizzato come se fosse giurisdizionale, senza però accettarne i limiti: si rischia di mettere in pista un motore truccato, di cui non si può negare la pericolosità. A parità di esigenze, il processo penale è infatti molto più garantito del procedimento amministrativo *antitrust*, tra l'altro, dalla circostanza che l'organo decidente e quello requirente sono entrambi giudici, autonomi ed imparziali. Questa separazione non c'è nel caso delle indagini amministrative *antitrust*, svolte e decise sempre dallo stesso organo (la Commissione o le autorità che ne seguono il modello, come quella italiana). E non ci sono neppure le possibilità di contraddittorio, difesa e riesame che sono normalmente previste in sede penale, per le parti e per i terzi.

Come si è detto, le vedute caratteristiche “sostanziali” del procedimento non sono però sufficienti ad una sua formale qualificazione come giurisdizionale. Allo stato è condivisibile e più corretto che esso resti inserito nella categoria amministrativa ove lo inquadrano le norme, anche perché sono troppi gli aspetti che lo differenziano ancora dal processo. La stessa aderenza alla qualificazione normativa del procedimento, pacifica tra gli interpreti, è stata di recente confermata anche da un punto di vista strutturale dalla Corte di giustizia, che ha escluso le autorità amministrative dal rinvio pregiudiziale ex art. 234. Il passo logico da compiere è allora un altro: mantenere l'attuale categorizzazione è necessario per rispetto delle norme, ma cambiare le norme è necessario per rispetto dei diritti (e dei fatti). Non spetta né all'interprete, né alla giurisprudenza, una volta svelati i limiti e le caratteristiche profonde di un istituto, trasformarlo in qualcosa d'altro in via applicativa. E'preferibile infatti che il diritto non abdichi alla sua funzione di riferimento certo, le cui modifiche sono rimesse al solo legislatore. Semmai, una volta che la necessità di una modifica emerge, non è tranquillizzante rilevare che il legislatore, invece di intervenire per attuarla, si nasconde dietro le teorie ed i rinvii, senza farsi responsabilmente carico del proprio ruolo. Forse, la circostanza che la Commissione sia l'organo da rimodellare e anche il soggetto cui compete, in parte, la funzione normativa deputata a ciò, non è d'aiuto nel risolvere l'*impasse*. L'impressione, come si

argomenterà anche in seguito, è che il Regolamento n.1 tradisca una maggiore consapevolezza dei problemi di quanto risulti dalle blande soluzioni attuate.

Tutto il tema dell'applicabilità delle garanzie fondamentali previste dalla Carta e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, assume allora un valore tutt'altro che accademico se si percorre questa linea di pensiero, come suggeriscono le conclusioni dell'indagine. Fatte salve le premesse più rigorose che si sono espone, se il meccanismo di *enforcement* pubblico è così fortemente contenzioso con tendenze penalistiche latenti, ed il legislatore comunitario non interviene a ridefinirne la natura e le procedure, è allora necessario che sia quantomeno la giurisprudenza ad utilizzare le fonti generali per arginare la possibile deriva inquisitoria. La giurisprudenza ha utilizzato i propri margini di elasticità interpretativa per introdurre gradualmente aperture verso le garanzie fondamentali anche nella zona franca del procedimento amministrativo *antitrust*. Tuttavia, nel procedimento comunitario *antitrust* la Commissione agisce come P.M. e come giudice allo stesso tempo, non dovendosi misurare né con i meccanismi processuali del rito penale, né con le garanzie generali del processo civile, e neppure, finora, con i principi in materia di diritti fondamentali che sono stati ritenuti formalmente inapplicabili come tutti gli altri istituti giurisdizionali.

Si è visto che sotto molti aspetti il discrimine tra procedimento *antitrust* e processo penale si riduce ad un esame degli effetti delle sanzioni sui diritti degli interessati. L'analisi delle sanzioni *antitrust* ha dimostrato che si tratta di occasioni di deterrenza, più che di compensazione, con il limite, più pratico che culturale, dell'impossibilità di comminare sanzioni detentive alle imprese. Si è anche segnalato che la tendenza penalistica è già diritto positivo in alcuni stati e che, in nome della maggior deterrenza di violazioni percepite sempre più come condotte "criminali", si prospetta la possibilità che nel recinto *antitrust* comunitario venga sciolto anche il cane delle sanzioni detentive per responsabilizzare i manager o gli amministratori delle imprese. Se compiesse questo passo, il legislatore non potrebbe però più negare l'evidenza e dovrebbe trasformare anche formalmente il procedimento in processo.

Se il legislatore ancora non compie questo passo fatale, ma si dichiara più apertamente favorevole all'estremo opposto del ricorso al contenzioso civile

all'americana, non è forse un caso. Infatti, lo strumento procedimentale semi-processualizzato presenta pregi innegabili dal punto di vista della Commissione, creando possibilità di controllo amministrativo più ampie di quelle giurisdizionali. Dal punto di vista degli interessati, invece, l'esigenza di un potenziamento (anche) delle regole procedimentali di tutela si pone già oggi con urgenza, anche in assenza del rischio detentivo. Un ulteriore indice di questa necessità di ripensamento degli equilibri procedimentali si può individuare nell'altissimo tasso di impugnazione dei provvedimenti amministrativi. A queste impugnazioni corrisponde quasi sempre una riduzione della sanzione. La tendenza sta lentamente frenando, ma è sintomatica di un problema di funzionamento del livello amministrativo. Infatti, i rischi di decisioni non corrette, almeno sul piano della sanzione, paiono trovare conferma nell'ampia probabilità di accoglimento delle impugnazioni. A questo proposito, va sottolineato che solo sulle impugnazioni in materia di sanzioni il sindacato del giudice è pieno. Sugli altri aspetti dell'accertamento amministrativo pesano limiti di non interferenza e di *fair play* che i giudici, anche italiani, si impongono da sempre rispetto alla sfera amministrativa.

Per *l'enforcement antitrust* si è quindi utilizzato un contenitore procedimentale amministrativo e lo si è riempito di contenuti giurisdizionali ben oltre le sue normali possibilità di capienza. Le indagini sono complesse, le parti sono conflittuali, alcune garanzie difensive cominciano lentamente a filtrare processualizzando ancora il meccanismo (per mantenerlo in equilibrio). Il procedimento e le sanzioni possono pregiudicare l'impresa in modo non dissimile a quanto accade alle persone fisiche in caso di condanna alla detenzione. A fronte di questi effetti delle sanzioni, il contraddittorio non è però pieno, ma esiste solo un diritto ad essere sentiti ed informati che può subire limitazioni inimmaginabili nel processo giurisdizionale. L'accesso ai documenti è a volte difficoltoso. Gli strumenti procedimentali dati agli interessati non sono mai realmente parificati a quelli dell'autorità che indaga e decide. Il procedimento, per sua natura, non è idoneo ad accogliere le esigenze difensive come accade per il processo, non richiede che si giunga ad una decisione imparziale o giusta, non offre strumenti per contrastare il procedere

dell'autorità. All'esito di tutto questo sarebbe almeno ragionevole aspettarsi che la parte potesse accedere ad un pieno giudizio di impugnazione.

L'argomento della possibilità di impugnare viene infatti opposto sempre alle diffuse critiche al procedimento amministrativo, in termini di scarsa processualizzazione nelle garanzie, ma non negli effetti. Secondo questo argomento, la decisione amministrativa, anche se adottata in circostanze per così dire "vessatorie" per le parti, potrebbe essere (con un salto logico sostenibile solo con le ragioni dell'economia sistematica) "sanata" dalla successiva fase giurisdizionale. Purtroppo, su questo punto il sistema entra ancora in crisi. Il sindacato riparatore del giudice sulla decisione amministrativa, cui sono delegate tante aspettative è infatti, come si è visto, circoscritto al riscontro di legittimità su alcuni motivi e soprattutto attento a non sovrapporre mai del tutto la propria decisione di riesame a quella amministrativa. Appare evidente allora che il procedimento amministrativo è realmente una zona franca, in cui si possono esercitare addirittura poteri inquisitori penali, sottraendoli anche al sindacato giurisdizionale pieno in sede di impugnazione. Gli interessati, per quanto sia difficile percepire le grandi *holding* che violano i precetti *antitrust* come soggetti deboli bisognosi di tutela, si trovano, quindi, sostanzialmente esposte al fuoco della Commissione o dell'autorità, senza potersi difendere adeguatamente neppure nel successivo giudizio di impugnazione. A queste obiezioni evidenti, spiace rimarcarlo ancora, la Commissione non riesce a trovare giustificazioni valide, né adducendo la necessità di una protezione pubblica del mercato (a qualunque costo) e nemmeno invocando le difficoltà tecniche dell'indagine e dell'accertamento (le stesse violazioni, tra l'altro, possono essere accertate direttamente dai giudici, come prevede lo stesso Regolamento n. 1/2003/Ce, sull'evidente presupposto di una compatibilità - almeno teorica - dell'indagine con lo strumento processuale). L'unica ragione che in realtà pare sostenere la continua corsa al rialzo dei poteri e degli strumenti amministrativi, senza abbandonare lo schema procedimentale, con sporadiche concessioni all'ingresso di singoli diritti di difesa, ma senza mai coordinarli in un disegno organico di tutele, pare essere la "pericolosità sociale", soprattutto delle intese segrete. Ossia, la Commissione si

comporta come lo sceriffo che spara all'impazzata, perché costretto dalla violenza del *West* in cui opera. Il mercato comunitario non è ovviamente il *West*.

Per completare il quadro, va dato atto dell'oggettiva difficoltà per l'organo di controllo di reperire una prova, ad es. di un'intesa segreta, che talvolta non esiste neppure. Le aziende che violano gli articoli 81 e 82 lo fanno con strategie ben precise, abbondanza di mezzi, e pochissimi scrupoli, magari mettendo a bilancio anche la sanzione come passività da compensare, e disperdendola poi sul mercato dei consumatori (sostanzialmente esclusi da ogni compensazione). Si tratta, dunque, di violazioni molto gravi, con effetti dannosi generali, difficili da quantificare, ma certi. Proprio perché è così difficile scoprire l'illecito e reprimerlo in modo efficace è più che condivisibile l'opzione per una linea dura contro il fenomeno, sostenuta da risorse, sanzioni e strumenti anche inquisitori. Si tratta però di stabilire dove e come impiegare queste risorse. Purtroppo, il panorama economico e finanziario è ricco di insegnamenti sulle sofisticatezze tecniche di chi infrange la legge. Si usa volutamente questa espressione per ricordare che l'ambito di riferimento del *public enforcement antitrust* non può che essere quello penale della lotta alla criminalità economica. Anche da questo punto di vista, però, non è corretto utilizzare uno strumento come il procedimento amministrativo per raggiungere uno scopo che, evidentemente, non gli si confà. E non è accettabile una ricostruzione poliziesca del sistema, che sacrifica all'efficienza le ragioni della giustizia e sostiene che i diritti dei molti vadano tutelati sacrificando quelli dei pochi. Per questa via si giunge ad una divisione aprioristica e discutibile sul piano quantitativo dei buoni dai cattivi, che non ha nessun legame con le garanzie delle regole né con il diritto. Si preferisce pensare, invece, che delle buone regole siano la soluzione più adatta per tutti. Ai modestissimi fini di questa analisi, le buone regole di cui necessita ora il sistema comunitario *antitrust* sono, almeno, quelle garanzie procedurali che il Regolamento n. 1/2003/Ce non ha purtroppo previsto e, successivamente, quelle che ridisegneranno il sistema nel suo complesso.

L'analisi ha dimostrato quali siano, anche in Italia, le difficoltà per le parti nel procedimento davanti al garante e nell'impugnazione presso il giudice amministrativo. Per sintetizzare l'impressione complessiva, le peculiarità del sistema italiano complicano ulteriormente il quadro delineato a livello

comunitario generale. La coerenza sistematica ha però una sua ragion d'essere e in Italia, stante la natura di autorità amministrativa indipendente del garante della concorrenza e del mercato, l'impugnazione sulle decisioni da questo pronunciate non può che competere al giudice amministrativo. Proprio perché di accertamento amministrativo si tratta, però, l'ordinamento lo protegge dal sindacato pieno del giudice, che non può sovrapporsi nell'esercizio di un potere amministrativo che si presume *latu sensu* discrezionale. Tuttavia, la discrezionalità amministrativa che tradizionalmente si vuole sottratta al sindacato del giudice in nome della separazione dei poteri e delle funzioni, presuppone che l'amministrazione eserciti un ruolo attivo nella definizione del precetto, riempiendo con la propria potestà un vuoto lasciato, appositamente, dalle norme. Non è, invece, questo ciò che accade quando l'a.g.c.m. applica i divieti *antitrust*. Essa opera infatti in modo molto più simile ad un giudice che alla pubblica amministrazione: rinviene nelle norme la fonte esaustiva dell'obbligo e ne accerta l'applicabilità alla fattispecie concreta. Non residuano, quindi, margini significativi per l'esercizio di un potere discrezionale che non sia tecnicamente valutativo (dei fatti) e applicativo (delle norme). Come la giurisprudenza sta lentamente ammettendo, il sindacato del giudice sulle decisioni del garante non dovrebbe quindi essere "debole", come è stato finora e questo non solo per l'estrema importanza che un tale controllo assume per i diritti delle parti, ma anche perché, come si è visto, la stessa giustificazione utilizzata per limitarne la portata non ha un reale fondamento.

Per concludere su questo aspetto, la premessa andrebbe ribaltata. Poiché non si può assimilare un procedimento amministrativo ad un processo giurisdizionale e considerato che le esigenze dell'accertamento *antitrust* richiedono un contesto pienamente processuale (in fatto, ma anche in diritto), bisognerebbe forse cominciare ad operare per realizzare questa trasformazione in via normativa e alla luce del sole. Il legislatore comunitario potrebbe magari essere più coraggioso, ma non nel senso auspicato da alcuni, di introdurre nel procedimento *antitrust* anche le sanzioni penali (magari concedendo qualche garanzia in più), piuttosto, in quello di trasferire la materia *antitrust* in un meccanismo di *enforcement* apertamente processuale. A ben guardare, la pretesa supremazia amministrativa non ha una giustificazione tecnica, ma anzi,

è preferibile optare per una supremazia del giudice. La circostanza che possa essere un giudice a decidere in via definitiva sull'accertamento *antitrust* permetterebbe tra l'altro di eliminare i problemi legati all'impugnazione e, forse, di ridurre il numero delle impugnazioni stesse. Se il *public enforcement* fosse diviso tra organo requirente ed organo giudicante, sorgerebbe però l'esigenza di un ripensamento culturale profondo del ruolo della Commissione. La possibilità che un'autorità amministrativa funga da pubblico ministero in una dialettica processuale, porrebbe senz'altro molti problemi di accettazione da parte di quegli stati che, come l'Italia, richiedono che anche il P.M. sia un giudice. Paradossalmente, le resistenze sono invece quasi assenti rispetto al sistema attuale, in cui non è un giudice neppure l'organo che decide (a meno di ritenere che la decisione in senso proprio sia solo quella del giudice dopo l'impugnazione, ma in questo caso sarebbe problematico qualificare il provvedimento della Commissione). Portando all'estremo il suggerimento giurisdizionalistico che qui si propone, si arriverebbe quindi ad abbandonare il *public enforcement* per un sistema di controllo totalmente giurisdizionalizzato, nel quale potrebbe poi confluire anche l'altro estremo dell'attuale dualismo, ossia, l'*enforcement* privato. Si tratta di una proposta che non nasconde l'idea di una superiorità della giurisdizione rispetto all'amministrazione, almeno nella gestione di diritti e conflitti. Il meccanismo di controllo risulterebbe così più coerente e più snello, realizzando un decentramento reale che darebbe ai giudici piena fiducia sull'applicazione delle norme comunitarie, anche, *antitrust*.

Il *private enforcement antitrust* e la sua evoluzione.

Il Regolamento n. 1/2003/Ce si è occupato marginalmente l'applicazione *antitrust* demandata ai giudici nazionali. La prima importante innovazione su questo aspetto è stata la previsione dell'applicabilità diretta da parte dei giudici anche dell'art. 81, n. 3 del trattato. In questo modo essi potranno accertare la sussistenza dei presupposti di esenzione dal divieto previsto all'art. 81 senza necessità di una decisione della Commissione. Le parti dei processi civili *antitrust* sono state così private di una tecnica dilatoria diffusa (la richiesta di esenzione presentata alla Commissione in corso di causa per provocare la

sospensione del processo), ma soprattutto, è stata restituita al giudice la piena potestà decisoria sull'applicazione della disciplina comunitaria.

Il Regolamento si occupa solo limitatamente dell'*enforcement* da parte delle giurisdizioni, che di fatto esisteva già prima della sua emanazione, perché non si tratta di materia oggetto di potestà normativa comunitaria, ma viene rimessa alle discipline processuali nazionali. Meglio, la disciplina europea traccia delle linee generali per il coordinamento dell'attività giurisdizionale, soprattutto, con quella amministrativa, ma non interferisce sull'autonomia processuale degli stati, deputati all'individuazione degli strumenti e dei mezzi tecnici per il funzionamento del *private enforcement*. Più precisamente, quindi, nel caso delle azioni civili, non si può parlare di un "decentramento", in quanto l'applicazione giurisdizionale degli artt. 81 e 82 è stata sempre e solo decentrata.

La prospettiva critica, su questo tema, è ancora legata alle esigenze di una tutela efficace alle parti, in un contesto che, per constatazione generale, stenta ad essere utilizzato dalle parti. Fino ad oggi i numeri indicano chiaramente che l'applicazione privata dei divieti *antitrust* è quantitativamente poco significativa in tutto il sistema comunitario. La Commissione ne ha preso atto nel Libro Verde del 2005, con cui sta cercando di elaborare una soluzione alla necessità di incentivare il settore. Anche a questo proposito è molto utilizzato come parametro dei meccanismi di *enforcement antitrust* il modello statunitense, che rende chiare le enormi potenzialità di sviluppo del contenzioso civile *antitrust* anche in Europa. L'analisi svolta in questo studio ha dimostrato che la mancanza di incentivi, il pesante onere della prova su violazione e danno ed i rischi di costi elevati sono tra le cause principali dello scarso utilizzo della via contenziosa civile *antitrust* nel sistema comunitario.

In realtà, il problema di sottosviluppo del *private enforcement*, si circoscrive soprattutto alle azioni di tipo risarcitorio, mentre quelle di nullità sono già più utilizzate (soprattutto in eccezioni contro l'inadempimento) e quelle cautelari sono per ora viste dal legislatore comunitario solo in chiave strumentale alle altre due. Nel dettaglio, per le azioni risarcitorie i problemi di onere della prova sono determinanti a scoraggiare le parti dall'intraprendere il percorso processuale. A fronte di queste ragioni e difficoltà non è risolutiva

l'esclusione dell'elemento soggettivo dai requisiti necessari per determinare la responsabilità. Una possibile soluzione al problema potrebbe essere offerta dall'ammissione di un ruolo "probatorio" dell'autorità amministrativa all'interno del processo civile, su questo aspetto si tornerà a breve, ma va precisato sin d'ora che gli ordinamenti processuali statali offrono non poche, giustificate, resistenze, all'inserimento di un elemento esterno al processo per colmarne le lacune. Perché questa forzatura sia utile all'accertamento della violazione, si devono necessariamente sacrificare il ruolo del giudice ed diritto delle parti ad un giudizio imparziale e ad una difesa piena.

Partendo dalla constatazione dell'oggettiva difficoltà di azionare le violazioni *antitrust* in un processo civile dispositivo, si affronta però il problema del *private enforcement* solo su base endo-processuale. Allargando la prospettiva nell'ottica comunitaria seguita in questa analisi e nel Regolamento n. 1, si può invece individuare un ulteriore elemento di criticità del sistema. A fronte dei citati problemi del *private enforcement antitrust*, il legislatore del 2003 fa, infatti, un ampio rinvio alla disciplina degli stati. Più che una soluzione, questo rinvio rappresenta una complicazione del problema. La mancata armonizzazione processuale esistente a livello europeo tra gli stati è certamente un elemento di incertezza, comune a tutto il sistema di *enforcement*, che moltiplica le difficoltà della parte nell'azione civile *antitrust*. Dalle diversità profonde di procedure (e culture processuali) che si riscontrano nei vari stati membri derivano dunque incertezze applicative e disomogeneità interpretative che possono contrastare l'uniforme standard di tutela comunitaria voluto dal Trattato e da ragioni di uguaglianza.

A fronte di questa evidente complicazione, la risposta del legislatore comunitario è stata cauta. Senza minare l'idea di un'autonomia statuale piena in materia processuale, si è allora optato per il ricorso alla formula della "cooperazione", estesa anche ai giudici e quanto più possibile integrata con il sistema di controllo generale. Purtroppo, i criteri per individuare le competenze e coordinare le decisioni sono talvolta lacunosi, prospettando alle parti le vie dello *shopping*, come pure i rischi di interpretazioni e livelli di tutela non equivalenti. L'allocazione del caso e l'individuazione della legge applicabile sono soltanto due dei momenti critici per l'avvio di un'azione civile *antitrust*. In

primo luogo, non paiono sufficientemente chiari i meccanismi che interagiscono per disciplinare questi aspetti. Soprattutto, anche avendo fissato la competenza, residuano importanti incognite sul regime processuale e sulle conseguenze che, nei vari stati, ne ricadranno sulla parte. A fronte di queste incognite, è invece certo che i vari sistemi non sono ancora processualmente equivalenti. Si tratta di un problema generale di armonizzazione comunitaria, che si riflette anche sulla materia *antitrust* nonostante le istanze di coordinamento.

Il caso italiano presenta specifici aspetti di complessità. Infatti, mentre l'applicazione diretta dei divieti *antitrust* comunitari è devoluta alla competenza del giudice ordinario, per quella delle relative norme nazionali è prevista la competenza esclusiva in unico grado della Corte d'appello. È evidente, che oltre alle interazioni con l'*enforcement* amministrativo, con le giurisdizioni estere e col livello comunitario, il nostro ordinamento deve ulteriormente porsi il problema di un coordinamento interno. Vanno infatti evitati i conflitti tra i due giudici civili potenzialmente concorrenti, che applicano normative simili a casi spesso sovrapponibili. L'opzione del processo parallelo è dunque possibile, anche se fortunatamente è poco utilizzata come effetto dello scarso ricorso al giudice in materia *antitrust*. In aggiunta a questo, finora il giudice italiano ha applicato quasi solo il diritto nazionale (per la rilevanza limitata dell'operazione, o sulla base della legge invocata dalle parti). Il caso del recente contenzioso risarcitorio in materia di assicurazione automobilistica ha però già messo in discussione gli equilibri precedenti. Infatti, la competenza per questo tipo di azioni risulta devoluta al giudice di pace in virtù del basso valore delle controversie di cui si tratta (salvo escluderle *in toto* per mancanza di una tutela normativa che legittimi l'azione risarcitoria *antitrust* del consumatore, posizione superata dai fatti, ma rigorosa dal punto di vista teorico). Le perplessità sulla capacità dei giudici di gestire una materia tanto specializzata, che avevano portato ad optare per la competenza esclusiva della Corte d'appello nella l. n. 287/90 e che preoccupano anche gli interpreti europei soprattutto per le valutazioni economiche chiamate in causa dall'accertamento, si accentuano notevolmente se si inseriscono nel meccanismo anche i giudici di pace. Nel caso specifico il problema è stato in parte aggirato dall'utilizzo nel processo della decisione amministrativa, a fini probatori, ma una soluzione più coerente

potrebbe essere quella di escludere normativamente la competenza *antitrust* dei giudici onorari, eventualmente prevedendo che anche i tribunali si dotino di sezioni specializzate.

Per arginare le complicazioni del contenzioso antitrust si interviene, come già accennato, anche sul fronte della legittimazione. L'esclusione dall'azione di terzi e consumatori è corretta da un punto di vista formale, ma inattuale considerando i nuovi bisogni di tutela evidenziati dall'evoluzione del diritto europeo. La limitazione interpretativa ritiene, comunque, che i terzi ed i consumatori non possano diventare parti, perché non sono i beneficiari diretti delle tutele previste dalla normativa *antitrust*, pensata per garantire gli operatori imprenditoriali sul mercato. Effettivamente, la *ratio* delle norme e le caratteristiche tecniche del sistema *antitrust* non sono adeguate ad accogliere i diritti dei consumatori, salva la possibilità (limitata anch'essa) di un loro accesso al livello pubblico di *enforcement*. Tuttavia, le esigenze attuali impongono che sia data tutela anche ai diritti dei soggetti, per così dire, passivi del mercato. Sarebbe preferibile non caricare i divieti *antitrust* di questo ulteriore aggravio per molte ragioni, prima fra tutte, quella della assenza di garanzie necessarie ad un soggetto estraneo al mondo commerciale. La soluzione sarebbe quella di un intervento normativo che preveda una tutela specifica, coerente e compatibile con gli istituti *antitrust*, ma con una disciplina autonoma in grado di adeguarsi alle esigenze dei suoi destinatari (ad esempio intervenendo sull'onere della prova e le competenze giurisdizionali per renderli più vicini al consumatore).

La veduta necessità di una razionalizzazione delle competenze giurisdizionali si pone, soprattutto in Italia, in tutta la sua evidenza e richiederebbe una pronta soluzione normativa. La proposta che si formula su questo aspetto è favorevole alla concentrazione della competenza *antitrust* presso un unico giudice, preferibilmente il giudice ordinario, designato secondo le normali regole, ma con l'esclusione dei giudici di pace (abbandonando comunque la competenza esclusiva anche per l'applicazione della l. n. 287). Quanto all'abolizione dell'unico grado di giudizio, introdotta dal legislatore del 1990 per un'esigenza di celerità, pare di poter concludere che la soluzione al problema della lunghezza dei processi vada trovata a livello sistematico e non

su base casistica. Non è infatti scontato che solo sulla materia *antitrust* le parti abbiano diritto ad un processo celere. Di conseguenza, se l'unico grado di giudizio dovesse essere considerato l'opzione che permette di accelerare i tempi della giustizia, sarebbe logica una sua estensione anche ad altre materie, se non addirittura a tutto il processo civile. Se invece il legislatore non ritiene di affrontare la questione in termini tanto radicali, sarebbe allora necessario un ripensamento complessivo del processo civile, che permetta di abbreviarne i tempi senza bisogno di abolire il secondo grado di giudizio. In entrambi i casi, è urgente una riforma organica a livello normativo, che razionalizzi le competenze dei giudici civili e garantisca meglio i diritti delle parti.

Tornando alla prospettiva comunitaria, per concludere, pare che l'urgenza di un'armonizzazione processuale emerga in tutta con evidenza dall'analisi svolta. Le opzioni per una convergenza applicativa sono come sempre due: la graduale approssimazione delle prassi, o l'intervento impositivo del legislatore. Entrambe le soluzioni presentano sia vantaggi che limiti. Mentre l'armonizzazione graduale risulta troppo lenta, l'imposizione normativa non è rispettosa dell'autonomia degli stati e rischia di creare un modello insoddisfacente e troppo grossolano. Ragioni di celerità fanno comunque propendere per una soluzione normativa del problema, che però per essere praticabile richiederà il ricorso a strumenti appropriati. Non pare possibile immaginare un regolamento processuale europeo per le liti *antitrust*, almeno per ora. Tuttavia, l'armonizzazione da parte degli stati potrebbe essere incentivata introducendo una nuova disciplina comunitaria che fissi criteri e *standard* processuali comuni, almeno al settore *antitrust*. Si tratta certamente di un tema aperto al dibattito e di difficile soluzione. Per questo motivo, invece di un'opzione radicale per l'armonizzazione spontanea (come suggerisce il Regolamento n.1), o per la puntuale normazione della materia processuale (come richiedono le lacune del meccanismo di *enforcement privato*), si propende per una soluzione intermedia di armonizzazione "assistita" in cui il legislatore comunitario concretizzi le proprie intenzioni incentivare il settore, finora rimaste sulla carta.

Le interazioni del *public* e del *private enforcement*.

Si è ritenuto importante ricostruire in termini critici il procedimento di *enforcement* prefigurato dal legislatore europeo, prima di affrontare le (uniche) reali innovazioni portate nel sistema dal Regolamento n. 1/2003/Ce. Il provvedimento è stato considerato il baluardo della c.d. modernizzazione *antitrust*, in realtà, ha recepito molte delle situazioni già acquisite nella prassi o addirittura già contenute nel precedente Regolamento n. 17. La modernizzazione, come si è già anticipato, non ha colto l'occasione per una riforma sostanziale del procedimento amministrativo, limitandosi a parere di chi scrive a dei ritocchi in senso inquisitorio del precedente meccanismo. Neppure le istanze del (già) sofferente sistema privato di *enforcement* hanno trovato soluzioni tecniche attendibili nel Regolamento n. 1. La portata innovatrice del provvedimento va quindi ridimensionata e concentrata sul decentramento di competenze che esso prefigura.

Il sistema di vigilanza sul rispetto dei divieti *antitrust* è stato disegnato come una rete, i cui vari piani interagiscono tra loro coordinandosi nonostante le diversità funzionali e nazionali. Ad una più attenta analisi, però, l'immagine dell'*enforcement antitrust* può trasformarsi in quella di una ragnatela, con la Commissione nella posizione centrale del ragno. Questo ruolo è rappresentato bene nel Regolamento n. 1/2003/Ce, che si occupa principalmente del procedimento davanti alla Commissione, con ampi rinvii al diritto nazionale sui meccanismi del livello decentrato. La nuova fiducia nella maturità applicativa e organizzativa degli stati e la necessità di deflazionare il carico di lavoro della Commissione, non possono però far trascurare la necessità di garantire un'applicazione uniforme dei divieti comunitari. La previsione di un coordinamento è dunque la vera novità del Regolamento, almeno in quanto espressione di una visione. Dal punto di vista della tecnica procedurale e processuale per realizzare concretamente il coordinamento, invece, la norma non offre purtroppo quei riferimenti che potrebbero essere utili a risolvere le principali difficoltà. Il Regolamento rappresenta, quindi, un ulteriore passo avanti verso la creazione di un sistema, che ancora non funziona come dovrebbe e richiede una diversa strumentazione.

La scelta del decentramento è in realtà la stessa già utilizzata per l'applicazione nazionale di tutte le norme comunitarie, che i giudici, le

amministrazioni e i privati impiegano (più o meno direttamente) nel luogo in cui queste sono utili. Non solo, anche in materia *antitrust* esisteva già la possibilità di un'applicazione diretta degli articoli 81 e 82 da parte delle autorità e dei giudici nazionali (salvo l'art. 81, n. 3). Da questo punto di vista il Regolamento n. 1 ha quindi comportato essenzialmente una razionalizzazione dell'esistente, a cui si è però aggiunta la previsione esplicita di strumenti di raccordo tra i vari anelli del sistema.

L'idea stessa di decentramento presuppone infatti l'esigenza di un coordinamento tra i vari livelli, che può essere impostato sull'autonomia o sulla gerarchia. Non solo, assumendo la sostanziale analogia tra l'applicazione dei divieti da parte del giudice e quella dell'autorità (data la completezza del precetto normativo e l'applicazione tecnica che ne viene fatta da entrambi), che qui si sostiene, risulta maggiormente legittimato il decentramento dell'intero *enforcement* ad organi periferici, rinunciando anche all'esercizio centralizzato della "discrezionalità" amministrativa. La scelta del legislatore comunitario sulle modalità con cui coordinare il decentramento è frutto di un compromesso. Da un lato, non è praticabile un modello puramente gerarchico, che imponga agli stati di rinunciare alle proprie prerogative nell'applicazione delle norme e che irrigidisca troppo la catena del controllo, dall'altro, non è neppure possibile lasciare che le disuguaglianze esistenti nei sistemi locali frustrino le comuni ragioni di tutela ed eguaglianza. L'idea di cooperazione e coordinamento nasce dalla ricerca di una via intermedia tra questi opposti estremi e rappresenta il perno su cui ruota tutto il sistema di competenze, poteri e tutele del Regolamento n. 1/2003/Ce. Proprio perché si tratta di integrare l'apparato amministrativo con quello giurisdizionale e di coordinare il livello nazionale con quello comunitario, è possibile recepire lo stimolo di quella dottrina che propone di utilizzare il termine di pluralismo, piuttosto di quello di rete, per sottolineare la diversità di funzioni tra gli organi coinvolti nel sistema *antitrust*. La scelta lessicale non è però frutto di un caso e il richiamo alla rete è, invece, strumentale all'intenzione comunitaria di sottolineare l'elemento aggregante rispetto a quello differenziante. Riguardo alle giurisdizioni, il problema è più complesso e richiede l'individuazione di forme di interazione utili e compatibili

con le norme processuali comunitarie e nazionali, sia di armonizzare queste ultime in modo da superare gli attuali ostacoli e lacune di tutela.

Il *network antitrust* tende soprattutto a privilegiare l'efficienza del controllo, in nome della quale sono state fatte precise concessioni ad una relazione (anche) gerarchica degli organi decentrati con la Commissione. Nella stessa prospettiva sono stati potenziati i poteri di indagine e di decisione, sottolineando anche l'importanza dell'applicazione giurisdizionale dei divieti, in vista di un suo incremento. A livello nazionale, oltre alla già ricordata mancanza di armonizzazione delle regole procedurali e processuali, va tenuto presente che si riscontrano anche notevoli diversità nelle tipologie di organi chiamate a coordinarsi per reprimere e compensare le violazioni *antitrust*. I livelli di controllo non sono infatti necessariamente solo due. Anche a prescindere dalle possibili suddivisioni di competenze all'interno dell'ordinamento nazionale (ad es. con la previsione di competenze esclusive, come accade in Italia) in ogni singolo livello (giurisdizionale o amministrativo), vanno considerati i margini di flessibilità previsti dalle norme comunitarie stesse. Il riferimento in particolare va all'art. 35 del Regolamento, che ribadisce la piena autonomia statale nel designare come autorità competenti organi amministrativi, giurisdizionali, o di natura intermedia. Il sistema mette dunque in relazione più di due tipologie di organi, ventisette normative nazionali, le regole comunitarie ed un'infinità di interpretazioni giurisprudenziali. Da questa varietà è certamente arduo ottenere un'applicazione coerente di divieti generali, che si riferiscono a condotte illecite complesse, realizzate in un'infinita gamma di possibilità e difficili da scoprire.

La prevalenza della Commissione, nel suo pervasivo ruolo centrale, si giustifica molto di più nel contesto delineato ed è finora parsa l'unica opzione in grado di garantire una guida al sistema ed un riferimento ai soggetti del mercato. L'alternativa che non si è voluta (per ora) percorrere sarebbe stata quella di imporre direttamente agli stati uno schema comune a cui attenersi. E' certamente da preferire la soluzione più rispettosa dell'autonomia e delle necessità di adeguamento degli stati, salvo verificarne l'adeguatezza al raggiungimento degli obiettivi prefissati. Questa adeguatezza è messa in discussione dai riscontri analitici che rivelano il compromesso alla base delle

norme e fanno dubitare della loro capacità far funzionare il sistema in modo efficace, garantendo ai diritti delle parti una tutela effettiva.

Il meccanismo del coordinamento previsto dal legislatore comunitario si applica ai rapporti tra le autorità amministrative, limitatamente a quelli tra le giurisdizioni e soprattutto a quelli “misti”. Il riparto di competenze formulato nel Regolamento e nelle successive Comunicazioni, fa riferimento al tipo di violazione oggetto di accertamento, per il tramite dell’individuazione della legge applicabile. Una volta stabilito se sia applicabile la normativa nazionale o quella comunitaria, l’autorità amministrativa procede anche d’ufficio, se sia la meglio posizionata, mentre il giudice deve essere adito dalle parti, secondo le regole generali sulla giurisdizione. I parametri di questo meccanismo di allocazione sono talvolta troppo vaghi per garantire un adeguato grado di certezza al sistema. Inoltre, si prevede la possibilità che l’organo accertatore applichi sia la norma nazionale, che quella comunitaria (con problemi di competenza nei sistemi che ne individuano di autonome per i due casi, come l’Italia). Il ruolo fondamentale nel disciplinare questo aspetto del decentramento spetta agli ordinamenti nazionali, a cui si fa riferimento per il funzionamento degli organi, in caso di violazione dei criteri di attribuzione, o di interazioni tra i procedimenti ed infine, per risolvere gli eventuali conflitti tra le decisioni. Il legislatore comunitario non ha, infatti, previsto strumenti di controllo specifici sulla correttezza dell’allocazione in senso ampio. Anzi, la decisione che la individua, secondo i principi comunitari, è anche sottratta all’impugnazione. Le poche misure di coordinamento previste si concentrano sulle fasi iniziali e finali dell’*enforcement*, prevedendo ad esempio che la Commissione sia informata delle decisioni e dell’avvio di accertamenti *antitrust* a livello nazionale, per esercitarne eventualmente l’avocazione. L’ipotesi di avocazione è limitata alle sole autorità amministrative, che non abbiano neppure in parte natura giurisdizionale. Infatti, rispetto ai giudici non sarebbe giustificabile un simile potere gerarchico della Commissione. La previsione di un afflusso di sentenze e decisioni da tutti gli stati è evidentemente legata ai numeri contenuti del contenzioso e delle decisioni *antitrust* in generale, che evidentemente permette alla Commissione di impegnarsi un esame capillare di tutti i provvedimenti.

I procedimenti paralleli e lo *shopping* sono però entrambi possibili nel *network*, con buona pace della certezza sui rischi e sulle sanzioni della condotta illecita. In ogni caso, le decisioni possono comunque entrare in conflitto tra loro, non solo sul piano comunitario e nazionale, ma anche internamente allo stesso stato tra livello amministrativo e quello giurisdizionale. Questa circostanza pone forse ancora la questione dell'uniforme applicazione del diritto comunitario. L'uniformità che rischia di essere compromessa, va sottolineato, non è tanto quella interpretativa, quanto quella della tutela. Infatti, ogni violazione otterrà il livello di tutela garantito dalla sede in cui verrà decisa, con margini di variabilità molto ampi. La previsione di un dovere del giudice di non contrastare le decisioni amministrative, in questo senso, non risolve e anzi aggrava il bilancio dei tentativi malriusciti del Regolamento di imporre un comune denominatore agli stati, senza evidentemente preoccuparsi dei principi processuali generali. La previsione del vincolo amministrativo non è certamente ammissibile nel sistema processuale italiano e pare evidente che i giudici si troveranno in difficoltà a rispettare le regole comunitarie senza averne gli strumenti processuali.

Il tema dei rapporti tra livello amministrativo e giurisdizionale è senza dubbio l'aspetto più interessante delle varie forme di coordinamento previste dal Regolamento. Si tratta infatti di consentire, da un lato, che l'autorità amministrativa porti il suo contributo probatorio al processo, in termini di conoscenze fattuali e competenza tecnica, senza per questo minare l'autonomia decisionale del giudice. Non è un tema facile, che si pone sia a livello comunitario che italiano. Visto che il Regolamento fa rinvio ai diritti processuali nazionali per la disciplina di questo tipo di questioni, una volta previsto l'intervento *amicus curiae* dell'autorità amministrativa, il dovere del giudice di non decidere in modo difforme da questa, e l'obbligo di trasmissione alla Commissione della decisione, sarebbe logico aspettarsi che l'ordinamento di tutti gli stati prevedesse risposte utili, e possibilmente equivalenti. Così non è.

In Italia, l'intervento amministrativo nel giudizio non può utilizzare nessuna delle forme processuali esistenti senza forzature importanti, il vincolo per il giudice non è giustificabile rispetto ad un organo amministrativo e fa discutere la possibilità di utilizzare l'istituto della sospensione in attesa della

decisione amministrativa. Infine, neppure la trasmissione alla Commissione delle sentenze *antitrust* è prevista, o possibile, secondo il Codice di procedura civile. Del resto, non sono neppure chiare le conseguenze del mancato rispetto dei precetti comunitari citati, né l'organo deputato a sollevarli e farli valere. L'unica opzione per risolvere questi importanti problemi processuali è quella di un nuovo intervento normativo, che migliori i meccanismi previsti a livello comunitario e spinga gli stati ad adeguare ad essi le proprie norme processuali (in questo modo, indirettamente, armonizzandole tra loro).

Si ribadisce dunque, che il coordinamento *antitrust* non è pensato per garantire gli interessati, quanto piuttosto per facilitare l'opera di controllo. Nulla da eccepire su questa scelta di efficienza, salvo il mantenimento di garanzie minime anche sugli altri aspetti. Il Regolamento n.1 tradisce questa parzialità autoritativa, già emersa dalle considerazioni che precedono, anche per l'introduzione nel sistema di un meccanismo di scambio e circolazione delle informazioni tra le autorità e i giudici che rende la rete qualcosa di più di un insieme di livelli che concorrono verso uno scopo comune.

Leggendo la norma si ha l'impressione che mentre le questioni di competenza e uniforme applicazione sono trattate dal legislatore come mali necessari alla creazione di un controllo più vasto, il suo interesse prioritario si concentri sull'espansione di questo. Infatti, le autorità possono e devono scambiarsi le informazioni raccolte, autonomamente o su delega, nell'accertamento delle condotte potenzialmente illegittime, salvo il divieto di utilizzarle illimitatamente, o per comminare sanzioni detentive ed il rispetto di un generico diritto alla riservatezza. La circolazione delle informazioni si trasforma così in una circolazione delle prove, i cui molti correttivi non bastano a fugare i timori degli interessati sulla dispersione dei segreti e delle tutele difensive. La scelta di non limitare lo scambio, ma anzi di favorirlo, è funzionale alla ricerca di prove particolarmente difficili da reperire, ma necessariamente non consente di prevenire tutte le incognite, anche relative all'utilizzo che di esse può essere fatto dall'autorità ricevente. Mentre lo scambio di prove tra le giurisdizioni segue regole e procedure precise e molto attente ad una mediazione degli interessi e degli scopi, pare che questa circolazione *antitrust* possa aggirare le cautele consolidate per ragioni di efficienza.

Anche su questo aspetto, diventa determinante il rinvio alle discipline nazionali, dalle quali dipendono in concreto gli aspetti di incertezza procedurale cui si è fatto ampio riferimento in queste osservazioni. La circostanza di richiamarsi ad un parametro vago e non predeterminato come il livello di garanzia offerto dal paese di eventuale ricezione delle prove, mina per ciò stesso la certezza ed i diritti delle parti. L'eventuale lesione del diritto di difesa al momento della raccolta della prova, o successivamente, durante la circolazione, è destinata quindi a propagarsi nel sistema con effetti imprevedibili e poca probabilità di trovare una sede di contestazione utile.

La deterrenza complessiva dipende certamente dalle probabilità di riuscita di un'indagine *antitrust*, che sono molto accresciute dall'interazione di vari livelli di controllo. Tuttavia, in assenza di regole certe le limitazioni del diritto di difesa che derivano dal sistema non possono essere giustificate sulla base della sola deterrenza. L'efficacia si articola poi anche sulla collaborazione e la negoziazione con le imprese. Per ragioni di prova e di economia alla deterrenza sono infatti state affiancate politiche di clemenza e di accettazione degli impegni. Quindi, insieme alla costante tendenza all'inasprimento delle sanzioni, si introducono strumenti alternativi al procedimento, come i meccanismi negoziali che permettono alle imprese di evitare la sanzione amministrativa. Su questo aspetto, si segnala la possibilità che la Commissione accetti con decisione gli impegni proposti dall'impresa prima che il procedimento sia finito, ma soprattutto, prima che inizi l'indagine. A fronte della mera probabilità di una sanzione, rappresentata dall'avvio del procedimento o dal compimento di analoghi atti preliminari, l'impresa può dunque spontaneamente proporre un accordo alla Commissione. Quanto già detto sulla pervasività del ruolo della Commissione vale a maggior ragione se si consideri che oltre a legiferare, indagare, decidere e sanzionare, essa è anche il referente per queste transazioni informali, a margine del procedimento. Non si ritiene di accogliere i timori di una cattura del regolatore da parte delle imprese, tuttavia, il meccanismo procedimentale rischia di patire un ulteriore inquinamento con l'introduzione di questa strana forma di mediazione tra controllore e controllato.

L'ulteriore forma che assume la negoziazione privatistica all'interno del procedimento è quella della clemenza. In realtà, si tratta di una collaborazione

dell'impresa all'accertamento della violazione, all'estremo opposto di quanto si è visto per gli impegni. Però, giova ricordare che mentre con gli impegni l'impresa contratta per sé la fine del procedimento, nel caso della clemenza, contribuisce all'accertamento della violazione a cui ha partecipato, ma per sé, ottiene sempre uno scambio vantaggioso, rappresentato dallo sconto di sanzione. Per rendere appetibile il meccanismo clemenziale è necessario insistere molto sulla riservatezza delle informazioni offerte, in modo che risulti esclusa la loro utilizzabilità contro chi le ha fornite. Senza che questo comporti una piena alternativa all'accertamento, si tratta comunque di alterare il meccanismo ordinario completando il sistema con strumenti premiali. La delicatezza e l'utilità di questi istituti sono noti. E si pongono con grande evidenza in una materia di cui è stata a lungo negata la transigibilità. Questa "privatizzazione" della dialettica amministrativa, non coincide però con una reale istanza privatistica negli interessati, come dimostra lo scarso successo del *private enforcement*.

Conclusione.

Il lavoro è stato organizzato in una parte analitica funzionale alla sintesi sistematica. Il Regolamento n. 1 ha una connotazione comunitaria e amministrativa prevalente, ed i rimandi ai sistemi nazionali non consentono analogie tecniche. In particolare, il caso italiano è stato utilizzato limitatamente, per rappresentare più difficoltà e lacune che risposte adeguate alle sfide comunitarie lanciate dalla riforma *antitrust*. Il bilancio che si può trarre sul grado di efficienza del sistema di *enforcement*, in tutti i suoi aspetti, meccanismi e lacune, è sintetizzabile in alcuni aspetti. Innanzitutto, il Regolamento non ha provocato la rivoluzione procedurale che si poteva immaginare, riordinando l'esistente con graduali recepimenti delle evoluzioni giurisprudenziali e normative, ed introducendo nuovi istituti nel procedimento della Commissione per potenziarne gli strumenti di azione. Dall'altro lato, le imprese sono state responsabilizzate maggiormente per le loro condotte, ma soprattutto sono state esposte ad un sistema di controllo ramificato e non armonizzato che ne limita molto i diritti difensivi. Gli effetti del procedimento amministrativo lo avvicinano al processo penale abbastanza da richiederne un ripensamento che lo inserisca

in un contesto pienamente giurisdizionale, con tutte le garanzie che questo comporta. Lo sviluppo del contenzioso civile, perché possa funzionare, presuppone che l'armonizzazione processuale comunitaria acceleri notevolmente la sua evoluzione, portando con sé anche un adeguamento degli ordinamenti nazionali. Anche i problemi di prova e di interazione tra gli organi devono trovare una soluzione normativa, che rispetti l'autonomia degli stati senza sacrificare i diritti delle parti. Il modello statunitense insegna già quali possono essere i rischi di alcune opzioni nel controllo *antitrust* e va pertanto utilizzato come punto di partenza e non di arrivo per l'elaborazione di risposte europee alle sfide di questo complicato settore. Risposte che non possono più essere rinviate.

V. BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *On the merits: current issues in competition law and policy*, Oxford, 2005;
- ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, Paris, 2001;
- AMATO, EHLERMANN [a cura di], *EC Competition law, a critical assessment*, Oxford, 2007;
- AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *I contr.*, 2005, p. 404 ss.;
- ANDRENGELI, *Courage Ltd v Crehan and the enforcement of article 81 EC before national courts*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 758 ss.;
- ANDREANGELI, *Impact of the modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 342 ss.;
- ANDREANGELI, *Toward an EU competition court: "article 6 proofing" antitrust proceedings before the Commission*, in *World comp.*, 2007, p. 595 ss.;
- ANDREANGELI, *The enforcement of article 81 EC before national courts after the House of Lords' decision in Intntrepreneur Pub Co Ltd v Crehan*, in *Eur.Law Rev.*, 2007, p. 266 ss.;
- ANTONIOLI, *Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 93 ss.;
- ANTONIOLI, *Legge antitrust, giurisdizione esclusiva e sanzioni amministrative al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro amm. C.d.s.*, 2005, p. 2472 ss.;
- ARGENTATI, *Relations between the competition authority and sectoral regulators: Italy's experience*, in *Eur. Com.Law Rev.*, 2004, p. 306 ss.;
- AUGUSTIN, HABERMANN, *Quantifying antitrust damages*, in *Comp.law Ins.*, 2006, vol. 5, n. 5, p. 9 ss.;
- BAILEY, *Scope of judicial review under article 81 EC*, in *Comm.mark.law Rev.*, 2004, p. 1332 ss.;
- BAKER, *An uncertain road ahead*, in *Comp. Law Ins.*, 2007, p. 3 ss.;
- BASEDOW,[a cura di] *Private enforcement of EC competition law*, The Netherlands, 2007;
- BASTIANON, *Le Sezioni unite e il cartello assicurativo: problemi di giurisdizione e ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità garante*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 702 ss.;

BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *riv. trim.dir.proc.civ.*, 2006, p. 483 ss.;
 BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 97 ss.;
 BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass.trib.*, 2007, n. 5, p.1579 ss.
 BLAISE, IDOT, *Concurrence, articles 81 et 82 (1 octobre – 30 juin 2006)*, in *Rev. Trim. dr.eur.*, 2006, p. 489 ss. ;
 BLANCO, JORGENS, *EC competition procedure*, Oxford, 2006;
 BLANKE, *The use and utility of international arbitration in EC Commission merger remedies*, Groningen, 2006;
 BLANKE, *International arbitration in EC merger control: a “supernational” lesson to be learnt*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2006, p.336 ss.;
 BLAKE, SCHNICHELS, *Leniency following modernisation: safeguarding Europe’s leniency programmes*, in *Eur.Comp.Law Rev.*, 2004, p. 766 ss.;
 BONI, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dell’European Competition Network*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 854 ss.;
 BRKAN, *Procedural aspects of private enforcement of EC antitrust law: heading toward new reform?*, in *World comp.*, 2005, p. 505 ss.;
 BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, in *Comm. Mark. Law rev.*, 2005, p. 1388 ss.;
 BROWN, HARDIMAN, *The extent of the Community institutions’ duty to cooperate with national courts – Zwartfeld revisited*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 300 ss.;
 BRUZZONE, SAIJA, *Misure cautelari e decisioni con impegni nell’applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2007, p. 269 ss.;
 BURNSIDE, CROSSLEY, *Co-operation in competition: a new era?*, in *Eur.law rev.*, 2005, p. 248 ss.;
 CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il foro amm.*, 1997, p. 341 ss.;

CALVANI, *Devolution and convergence in competition enforcement*, in *Eur. Comp.Law Rev.*, 2003, p. 420 ss.;

CANENBLEY, ROSENTHAL, *Co-operation between antitrust authorities in and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part 1*, in *Eur.Comp.Law Rev.*, 2005, p. 112 ss.;

CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2004, p. 1256 ss.;

CASSINIS, *I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, p. 722 ss.;

CENDON [a cura di], *La concorrenza*, Torino, 2005;

CHIMENTI, *Sull'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza: il caso Hoffmann-La Roche dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Dir.com.sc.internaz.*, 2005, p. 504 ss.;

CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, n.9, p. 1189 ss.

COOK, *Commitment decisions: the law and practice under artiche 9*, in *World comp.*, 2006, p. 210 ss. ;

COOKE, WILS, *The modernisazion of EU competition law enforcement in the Eu - General and Community Reports*, FIDE, Cambridge, 2004;

CSERSES, SCHINCKEL, VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement*, Cheltenham, 2006, p. 15 ss.;

CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 175 ss.;

CURTI, *Sulla giurisdizione cautelare dell'a.g.o. nella disciplina antitrust*, in *Nuov.giust.civ.comm.*, 2000, p. 650 ss.;

DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari*, Napoli, 2005;

DIEMER, *The green paper on damages actions for beach of the EC antitrust rules*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2006, p. 311 ss.;

EILMANSBERGER, *The green paper on damages actions for beach of the EC antitrust rules and beyond: reflections ont he utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Comm.mar.law rev.*, 2007, p. 463 ss.;

EILMANSBERGER, THYRI, *Third country antitrust sanctions and Ec Law, comments on the advocate general's opinion in C-308/04 P, SGL Carbon v Commission*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 402 ss.;

FAULL, NIKPAY, *The EC law of competition*, New York, 2007;

FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'autorità antitrust*, in *il proc.amm.*, 1999, p. 999 ss.;

FOA, *Accesso agli atti di cooperazione tra Commissione e giudici nazionali in materia di concorrenza e portata dell'eccezione sulla protezione dell'interesse pubblico*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2000, p. 660 ss.;

FRIGNANI, PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006;

FURSE, *The decision to commit: some pointers from the US*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2004, p. 5 ss. ;

FURSE, *Competition law of the EC and UK*, Oxford, 2006;

GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kuhne & Heitz*, in *Dir.com., scambi internaz.*, 2004, p. 493 ss.;

GAUER, GASPERS, *Designing a european solution for a "one stop shop leniency shop"*, in *Eur. Law rev.*, 2006, p. 687 ss.;

GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005;

GERADIN, PETIT, *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, in *Rev.trim.dr.eur.*, 2005, p. 810 ss. ;

GERBER, CASSINIS, *The modernisation of European community competition law: achieving consistency in enforcement- Part I*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, p. 14 ss. e *Part II*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, p. 53 ss.;

GILLIAMS, *Modernisation: from policy to practice*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 465 ss.;

GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding companies'rights in competition and anti-dumping /anti-subsides proceedings*, The Hague, 2004;

GNES, *La scelta del diritto, concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004;

GOLDMAN-KWINTER-WITTERICK, *Toward recommended practices for the exchange of information in international hardcore cartel investigations*, in *On the merits, current issues in competition law and policy*, Oxford, 2005;

GRAY, LESTER-DARBON-FACENNA-BROWN-HOLMES, *EU competition law: procedures and remedies*, Oxford, 2006;

GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento Ce n. 1/2003*, Torino, 2005;

GUSTAFSSON, *What are the prospects for enhanced private antitrust litigation? A Swedish perspective*, in *Eur. Law Rev.*, 2005, p. 509 ss.;

HARDING, GIBBS, *Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004*, in *Eur.law Rev.*, 2005, p. 349 ss.;

HENNING-BODEWIG, *Unfair competition law*, The Hague, 2006;

HENRY, *Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen*, in *Cah.droit eur.*, 2006, p. 45 ss. ;

HODGES, *Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?*, in *Comm.mar.law Rev.*, 2006, p. 1389 ss.;

HOLMES, *Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK*, in *Eur. Comp.Law Rev.*, 2004, p. 26 ss. ;

IANNONE, *The duty of cooperation between national courts and authorities and community institutions for the purposes of article 10 of the Treaty of Rome*, in *Dir.Un.Eur.*, 2001, p. 497 ss.;

IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 Ce*, Bruxelles, 2004 ;

INCARDONA, PONCIBO', *The Corte di cassazione takes "Courage": a recent ruling opens limited rights for consumers in competition cases*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2005, p. 447 ss.;

INZITARI, *Antitrust e risarcimento del danno*, in *Dann. e resp.*, 2005, p. 498 ss.;

A. JONES, SUFRIN, *EC competition law*, Oxford, 2004;

C.JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *World comp.*, 2004, 15 ss.;

KERSE, KHAN, *EC antitrust procedure*, Londra, 2005;

KOMNINOS, *Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight*, in *Comm.mar.law Rev.*, p. 1422 ss.

KOMNINOS, *Article 234 EC and national competition authorities in the era of decentralisation*, in *Eur.law Rev.*, 2004, p. 107 ss.;

KORAH, *Cases and materials on EC Competition law*, Oxford, 2006;

KUNEVA, COOK, GINSBURG, *Il Lisbon Competition Conference – Atti*, ancora inediti - Lisboa 15 e 16 novembre 2007;

LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust, Relazione del 30 settembre 2006 al Convegno "IP, arbitrato e processo"*, Università di Pavia, in AIDA, 2006, p. 95 ss.;

LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*, The Hague, 2006;

LENAERTS, GERARD, *Decentralisation of EC competition law enforcement: judges in the frontline*, in *World comp.*, 2004, p. 347 ss.;

LEVY, O'DONOGHUE, *The Eu leniency programme comes of age*, in *World comp.*, 2004, p. 75 ss.;

LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Dann. e resp.*, 2005, p. 237 ss.;

LIBONATI, *Le Sezioni unite e il cartello assicurativo: problemi di giurisdizione e ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità garante*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 702 ss.;

MACNEIL, *Criminal investigations in competition law*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2003, p. 151 ss.;

MALFERRARI, *Annulment actions by third parties against decisions of the Italian competition authority held admissible. Change in the Italian case law: only a positive development or the opening of a Pandora's box?*, in *Eur.comp.law rev.*, 2006, p. 74 ss.;

MANZINI, SCHIANO, *Antitrust applicato*, Torino, 2004;

MAZZILLI, *Verso un pieno riconoscimento della tutela giurisdizionale dei terzi contro le pronunce dell'antitrust*, in *Il foro amm.TAR*, 2004, pp. 1434 ss.;

MARTIN, *Private antitrust litigation in Europe: what fence is high enough to keep out the US litigation cowboy?*, in *Eur.com.law rev.*, 2007, p. 2 ss.;

MCCURDY, *The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective*, in *Eur.comp.law rev.*, 2004, p. 515 ss.;

MENGOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle comunità europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento n. 1/2003*, in *Contr.imp.eur.*, 2003, p. 226 ss.;

MICKLITZ, *Consumers and competition – access and compensation*, in *Eur. Law rev.*, 2006, p. 6 ss.;

MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 966 ss.;

MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Napoli, 2004;

NAZZINI, *International arbitration and public enforcement of competition law*, in *Eur. Comp.law Rev.*, 2004, p. 153 ss.;

NAZZINI, ANDENAS, *Awarding damages for breach of competition law in English courts – Crehan in the court of appeal*, in *Eur.buis.law rev.*, 2006, p. 1192 ss.;

NAZZINI, *Criminalisation of cartels and concurrent proceedings*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2003, p. 483 ss.;

NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 117 ss.;

NAZZINI, *The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in art. 82 EC cases*, in *Eur.Law. Rev.*, 2006, p. 523 ss.;

NEBBIA, *So what happened to Mr Manfredi? The Italian decision following the ruling of the ECJ*, in *Eur.com.law Rev.*, 2007, p. 593 ss.;

NEBBIA, *The notion of urgency in interim proceedings concerning competition law: some thoughts after the Microsoft order*, in *Eur.comp.Law Rev.*, 2007, p. 273 ss.

NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Padova, 2005;

NEGRI, *Il cartello delle vitamine e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust*, in *Int'Lis*, 2007, p. 149 ss.;

NIHOUL[a cura di], *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Bruxelles, 2004 ;

NISSER, BLANKE, *Reflections on the role of the European Commission as amicus curiae in international arbitration proceedings*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2006. p. 181 ss.;

NORDSJO, *Regulation 1/2003: power of the Commission to adopt interim measures*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2006, p. 299 ss.;

NOURRY, JEPHCOTT, *The interaction of EC and national leniency systems*, in *Comp.law Ins.*, 2005, vol. 4, n. 10, p. 7 ss.;

OLIVER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, in *Cah. droit eur.*, 2005, p. 371 ss. ;

PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Roma, 2005;

PERRIN, *Challenges facing the EU network of competition authorities: insight from a comparative criminal law perspective*, in *Eur.Law Rev.*, 2006, p. 552 ss.;

PHEASANT, *Private damages actions*, in *Comp.law ins.*, 2006, vol. 5, n.2, p. 8 e n. 3, p. 7 ss.;

PORTINCASA, *Il diritto ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario*, in *dir.Un.eur.*, 2007, p. 93 ss.;

PUTTEMANS [a cura di], *Aspects Récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, 2005;

QUERZOLA, *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione:riflessioni minime*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 279 ss.;

RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust claims:why exclude them from the Hague jurisdiction and judgements convention?*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2004, p. 788 ss.;

RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 340 ss.;

REICH, *The "Courage" doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?*, in *Comm. mar.law rev.*, 2005, p. 65 ss.;

REICHEL, *To what extent does the co-operation within the european competition network protect the rights of undertakings?*, in *Comm.mar.law rev.*, 2005, p. 751 ss.;

RILEY, *EC antitrust modernisation: the Commission does very nicely- than you! Part one*, in *Eur. Comp. Law Rev.* 2003, p. 604 ss.; *Part Two*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2003, p. 671 ss.;

RILEY, *Beyond leniency:enhancing enforcement in EC antitrust law*, in *World comp.*, 2005, p. 377 ss.;

RILEY, PEYSNER, *Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?*, in *Eur.Law Rev.*, 2006, p. 760 ss.;

RILEY, *The EU reform Treaty and the competition protocol: undermining EC competition law*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2007, p.707;

RITTER, GOTTI TEDESCHI, *The new procedure under article 9 Regulation 1/2003. advantages and weaknesses*, in *Contr.impr.Eur.*, 2005, p. 397 ss.;

RITTER, BRAUN, *European competition law: a practitioner's guide*, The Hague, 2005;

RIZZA, *The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence*, in *Eur.Comp.law Rev.*, 2004, p. 126 ss.;

ROSOCHOWICZ, *The appropriateness of criminal sanctions in the enforcement of competition law*, in *Eur.comp. law Rev.*, 2004, p. 756 ss.;

RUGGERBERG, SCHINKEL, *Consolidating antitrust damages in Europe: a proposal for standing in line with efficient private enforcement*, in *World Comp.*, 2006, p. 399 ss.;

SADHU, *The european COMmission's leniency policy: a success?*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2007, p. 149 ss.;

SALOMONE, *Consumatori e antitrust: quale soluzione per un contrasto giurisprudenziale "in nuce"?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, p. 221 ss.;

SANDULLI, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, p. 223 ss.;

SCHWARZE, *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n.1/2003 Ce à la lumière des principes généraux du droit*, in *Rev.trim.droit.eur.*, 2007, p. 3 ss. ;

SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000;

SCUFFI, *Lo stato dei rapporti tra procedimento amministrativo e giudizi civili antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 273 ss.;

SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust: collaborazione informativa e strumenti di indagine a disposizione del giudice nazionale*, in *Il dir. indust.*, 2005, p. 473 ss.;

SIMONETTI, *The new co-operation approach under the Italian antitrust rules*, in *Eur.Comp.law rev.*, 2008, p. 62 ss.;

SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions- unanswered questions on article 9 decisions*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 451 ss.;

SWAAK, MOLLICA, *Leniency applicants face to modernisation of EC competition law*, in *Eur.comp.law rev.*, 2005, p. 514 ss.;

TAGARAS e WAELBROEK, *Les autorités nationales de la concurrence*, in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 466 ss. ;

TAVASSI, SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998;

TAVASSI, *Il Regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2004, p. 350 ss.;

TEMPLE LANG, *The implications of the Commission's leniency policy*, in *Eur. Law rev.*, 2003, p. 430 ss.;

TEMPLE LANG, *National measures restricting competition and national authorities under article 10 EC*, in *Eur.law Rev.*, 2004, p. 405 ss.;

TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003;

TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli stati membri dell'Unione europea*, in *Foro It.*, 1995, c.15;

TODD, *Competition law enforcement, to commit or not to commit*, in *Comp.law Insight*, 2005, p. 10 ss.;

TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel diritto antitrust*, Milano, 1996;

TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2005, p. 83 ss.;

TOSATO, BELLODI [a cura di], *EU competition law*, vol. I, *Procedure*, Leuven, 2006;

VAN DER WOUDE, JONES, *EC competition law handbook, 2005-2006*, Londra, 2005;

VELJIANOVSKI, *Penalties for price fixers: an analysis of fines imposed on 39 cartels by the EU Commission*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2006, p. 512 ss.;

VENIT, *Brave new world the modernisation and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Comm. mar. law Rev.*, 2003, p. 553 ss.;

VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir.proc. amm.*, p.760 ss.;

VINCENTS, *The application of EC competition law and the European Convention on Human Rights*, in *Eur.Comp.Law Rev.*, 2006, p. 693 ss.;

VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, II, Parigi, 2006;

VOGELAAR, *The European Competition rules, landmark cases of the European Courts and the Commission*, Bruxelles, 2007, p. 318 ss.;

VOLCKER, *Developments in EC competition law in 2005: an overview*, in *Comm. mar.law rev.*, 2006, p. 1412 ss.;

WALLER, *Towards a constructive Public-private partnership to enforce competition law*, in *World comp.*, 2006, p. 368 ss.;

WIND, *Remedies and sanctions in article 82 of the EC Treaty*, in *Eur.comp.law Rev.*, 2005, p. 659 e ss.;

WILLIS, WESSING, *Introduction to EU competition law*, Londra, 2005;

WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World comp.*, 2003, p. 473 ss.;

WILS, *Self incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World comp.*, 2003, p. 577 ss.;

WILS, *The principle of ne bis in idem in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, in *World comp.*, 2003, p. 133 ss.;

WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, Brussels, 2005;

WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in *World comp.*, 2005, p. 120 ss.;

WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation n.1/2003*, *World comp.*, 2006, p. 363 ss.;

WILS, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, in *World comp.*, 2006, p. 189 ss.;

WILS, *EU antitrust enforcement*, in *World comp.*, 2006, p. 11 ss.;

WILS, *Leniency in antitrust enforcement: theory and practice*, in *World comp.*, 2007, p. 61 ss.

INDICE

I. PROFILI NORMATIVI E SISTEMATICI

1.1 Scopo dell'analisi.....	p. 2 - 4
1.2 Applicazione decentrata delle norme <i>antitrust</i> comunitarie.....	p. 4 - 35
1.3 Procedimento e poteri della Commissione.....	p. 35 - 57
1.4 Controllo sul sistema.....	p. 58 - 60
1.5 Categorie processuali.....	p. 60 - 66
1.6 Cenni all' <i>enforcement antitrust</i> in Italia.....	p. 66 - 71
1.7 Fonti.....	p. 71 - 74
1.8 Ruolo della giurisprudenza.....	p. 74 - 78

II. SINDACATO GIURISDIZIONALE E *PUBLIC ENFORCEMENT*

2.1 Giurisprudenza comunitaria sul <i>public enforcement antitrust</i>	p. 79 - 133
2.2 Cenni alla giurisprudenza italiana sul <i>public enforcement</i> degli articoli 81 e 82.....	p. 133 - 146

III. PROCESSO E *PRIVATE ENFORCEMENT*

3.1 <i>Private enforcement</i> comunitario.....	p. 147 - 183
3.2 <i>Private enforcement</i> del giudice italiano.....	p. 183 - 203

IV. CONCLUSIONI

.....	p. 204 - 227
-------	--------------

V. BIBLIOGRAFIA

.....	p. 228 - 238
-------	--------------